AUG 0 8 1978
MAR 7 1967
BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/commentairesurle02qu

COMMENTAIRE

SUR LE

CODE CIVIL

DU BAS-CANADA

LIVRE PREMIER—TITRE CINQUIÈME

DU MARIAGE

Par T. J. J. LORANGER

JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE, COMMANDEUR DE L'ORDRE DE PIE IX
ET ANCIEN MINISTRE.

Jus est ars æqui et boni. Cujus merito quis nos sacerdotes appellet ; justitiam namque colimus ; et boni et æqui notitiam profitemur ; æquum ab iniquo separantes ; licitum ab illicito discernentes.

D. L. 1. T. De Justitia et Jure.

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

TOME SECOND.

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

Montréal :
EUSEBE SENÉCAL, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,
6, 8 ET 10, RUE ST. VINCENT.
1879.

KEQ
214.5227
.L66
1873
v.2

975

AVANT-PROPOS.

Je publiai en 1873, le premier volume de ce Commentaire. Des circonstances sur lesquelles je n'ai eu aucun contrôle, empêchèrent la publication des autres volumes, dont la matière était cependant en partie préparée. Je reprends aujourd'hui cette publication par le commentaire sur le Titre du Mariage, dont ceux-là seuls qui en ont fait le sujet de leurs études, je puis dire de leurs veilles, peuvent comprendre l'étendue et apercevoir les difficultés. Dire que c'est à la fois aux sources du droit canonique, de la théologie et du droit civil qu'il faut puiser les principes de ce sujet, sans contredit le plus grave du Code, c'est dire la somme de travail et la multiplicité des recherches qu'il a coûtées à l'auteur.

Ce labeur ne m'a pas rebuté ; mais si je disais que les difficultés ne m'ont pas effrayé, ma confiance semblerait être celle d'un aveugle, qui marche avec sécurité à côté d'un abîme, parce qu'il n'en voit pas la profondeur. Cependant comme l'hésitation eut été une défaillance, je n'ai pas hésité devant les obstacles de tous genres dont était hérissée la route que j'avais à parcourir !

Au seuil du Commentaire sur ce titre, une question préjudicielle se présente et se dresse devant le Commentateur de toute la hauteur des principes qu'elle agite et des sommets qu'elle gravit, dans le domaine du droit civil et du droit canonique. Cette question est celle de la compétence du pouvoir législatif sur le lien conjugal, en d'autres termes et pour parler plus techniquement, sur les empêchements de mariage et sur les causes matrimoniales.

Quelle est la puissance qui en cette matière a le droit de commander ? Est-ce la puissance ecclésiastique ? Est-ce la puissance civile ? Ou bien ces deux puissances se partagent-

elles la juridiction en deux parts, dont l'une, celle des rapports spirituels appartient à l'Eglise et l'autre, la part des effets civils du mariage, reste à l'Etat ? Cette question neuve dans le Bas-Canada qu'elle intéresse particulièrement au double point de vue religieux et social, n'y a pas encore été discutée et j'ai dû la résoudre !

Au commencement du seizième siècle, la compétence exclusive de l'Eglise était incontestée, et faisait pour le monde catholique, une maxime de droit commun. Luther le premier nia cette suprématie. Le Concile de Trente condamna l'hérésiarque, mais les nations protestantes refusèrent de se soumettre à ses décrets.

Bientôt Henri VIII arborant l'étendard de la révolte contre l'Eglise Romaine, se proclama le chef spirituel de ses Etats, et s'arrogea le pouvoir législatif sur le mariage, comme sur le reste des matières religieuses. Les protestants d'Allemagne avaient dévancé le monarque anglais dans son usurpation.

La France qui n'avait pas caché son mauvais vouloir à l'égard du Concile, et qui n'avait assisté qu'avec jalousie à ses délibérations, tout en admettant sa compétence en matière de dogme, ne prêta jamais qu'une demi obéissance à ses décrets disciplinaires. Ayant échoué dans ses tentatives pour faire invalider, par les Pères du Concile, le mariage des mineurs contracté sans le consentement des parents, elle chercha sans vouloir heurter de front ses décisions, à faire prévaloir, par une législation ambiguë, les idées que ses ambassadeurs avaient soutenues sans succès devant l'auguste assemblée.

Le Parlement de Paris, moins timide, compléta par ses arrêts, l'œuvre d'usurpation que l'Ordonnance de Blois et les Edits subséquents de Louis XIII n'avaient fait qu'ébaucher. De ces arrêts provoqués et préconisés par les légistes gallicans, sortit une jurisprudence nouvelle, affirmant la compétence de l'Etat sur les empêchements de mariage, et à cet égard, proclamant la supériorité de la puissance civile sur la puissance spirituelle. De cette jurisprudence naquit le mariage civil enfanté par la Révolution, le mariage sans Dieu du Code Napoléon !

Cependant malgré l'influence de ce Code, qui grâce aux victoires de l'Empire, devint la loi de presque la moitié de l'Europe annexée au territoire français, peu de nations subjuguées retinrent le principe du mariage civil, même parmi celles qui après avoir reconquis leur souveraineté et brisé le joug de la France, conservèrent en partie ses lois. Comme fait général, l'Europe catholique et protestante, reconnaît aujourd'hui le mariage comme un acte religieux, (1) et à une seule exception près, les Etats-Unis qui le regardent comme un simple contrat civil, il en est ainsi de l'Amérique. L'Amérique du Sud surtout, dans le chaos des révolutions où elle se convulsionne, est encore éclairée par ce rayonnement de l'idée chrétienne !

Pour presque tous les chrétiens donc, le mariage est considéré comme étant d'institution divine ; mais tous n'y font pas une égale part à la puissance ecclésiastique. Les protestants, tout en admettant le droit canon comme la source de leur droit matrimonial, accordent en général à l'Etat, le pouvoir de législation sur le mariage, sous le double aspect du contrat religieux et civil ; et quelques nations catholiques, tout en repoussant le mariage civil et en considérant tout mariage entre chrétiens comme un sacrement, partagent l'opinion des protestants à l'égard de la compétence de l'Etat.

D'autres pays, et ce sont surtout les pays de croyances mixtes, subordonnent la validité du mariage aux lois de l'Eglise des époux. Ainsi pour eux le mariage des catholiques relève de l'Eglise de Rome, dans ses rapports spirituels et sacramentels, et de l'Etat pour ses effets civils, et celui des autres croyances suivant leur discipline ecclésiastique, dépend en tout ou en partie de l'Etat.

Enfin le reste des nations catholiques, traitant le mariage comme un sacrement, ainsi que le font tous les catholiques,

(1) Les trois seuls pays souverains de l'Europe, où le mariage civil est reconnu, sont la France, la Belgique et la Hollande, et un seul canton de la Suisse, le Neufchâtel. Naturellement, il ne peut être question de la Turquie, où la polygamie est en vigueur. Dans le reste du Continent, l'Angleterre y comprise, il y est considéré universellement comme acte religieux, et dans les pays catholiques comme sacrement.

quelque soit leur opinion sur la compétence de l'Etat, le soumettent exclusivement à l'autorité de l'Eglise Romaine sous les rapports spirituels, et limitent la compétence de l'Etat aux effets civils. Quelques corps de lois contiennent des dispositions spéciales sur le sujet, d'autres restent muettes. En ce dernier cas, c'est dans la doctrine de ses auteurs, dans ses traditions juridiques et dans sa jurisprudence, que l'on cherche la règle applicable à chaque nation particulière.

Le Bas-Canada est dans cette dernière catégorie. Son Code Civil est muet sur le sujet. C'est donc à ses croyances religieuses et à l'esprit général de ses lois, que l'auteur doit s'adresser pour reconnaître le principe de souveraineté législative sur l'acte le plus important de la vie de l'homme, et qui est si intimement lié à la prospérité des nations.

Sous la domination française, le principe dominant en matière de mariage, comme en toute autre matière mixte, fut la souveraineté de la puissance civile et sa suprématie sur la puissance ecclésiastique. Le fait est incontestable. C'était la jurisprudence civile et canonique de la France qui se déteignait sur la Colonie, où régnaient comme dans la mère-patrie, les libertés gallicanes. Ces libertés, avons-nous dit au premier volume de cet ouvrage (1) " sont de toute inapplicabilité en Ca-
" nada, puisqu'elles ne devaient leur existence en France,
" qu'aux rapports de l'Eglise avec l'Etat ; que ces rapports
" qui existaient sous l'ancien régime de la Colonie, ont été
" rompus par le changement de souveraineté, et qu'un siècle
" d'indépendance de l'Eglise du Canada, en a fait disparaître
" jusqu'aux derniers vestiges."

L'esprit général des lois du pays sous l'ancien régime, ses traditions et sa jurisprudence ne pouvaient donc servir notre recherche. Sous le régime nouveau, les jurisconsultes imbus des traditions du passé et de la doctrine des auteurs gallicans, ont longtemps penché du côté du pouvoir civil, bien que nous n'ayions point de jurisprudence arrêtée sur la question. Quelques jugements isolés ne créent pas une jurisprudence.

Depuis quelques années, la vraie doctrine a cherché à

(1) Page 310, No. 199.

se faire jour, et une lutte vigoureuse s'est engagée à ce sujet. Mais ce n'est pas dans les débats d'une polémique soutenue dans la presse, ni dans les emportements d'une dissertation passionnée, que le jurisconsulte doit chercher ses inspirations, et trouver la solution d'une question de droit. C'est au point de vue abstrait, aride et nu de la légalité, que je me suis posé la question. Cette question qui s'imposait inexorablement à mon début, qui faisait obstacle à ma marche, et qu'il m'a fallu franchir pour pénétrer dans mon sujet, je l'ai patiemment et consciencieusement étudiée.

La conclusion de cette étude où je n'ai apporté ni préjugés, ni préférences, dont l'influence aurait pu faire suspecter l'impartialité de mon œuvre, mais où un mobile unique a animé mes recherches et soutenu mon courage, l'amour de la vérité; a été, qu'en cette matière une seule doctrine est admissible, au point de vue des principes juridiquement appliqués du Droit Canon et du droit civil, (dont l'autorité est si étroitement unie en cette matière, comme dans plusieurs autres parties de nos lois,) c'est que ces deux droits reconnaissant à la fois le mariage comme acte religieux et sacramentel et comme contrat civil, l'Eglise seule a juridiction sur le lien conjugal et sur les empêchements qui s'opposent à sa validité, et que l'Etat seul a compétence sur ses effets civils. Cette double vérité reconnue, je l'ai proclamée hautement. Le jurisconsulte est avant tout l'ami de la vérité, comme il doit être l'apôtre de sa propagation, car l'enseignement du droit est un sacerdoce ! C'est ce que dit Ulpien, dans le texte qui sert d'épigraphe à ce livre, où après avoir enseigné que le droit est l'art du juste et du vrai, *jus est ars æqui et boni*, il ajoute : *cujus merito quis nos sacerdotes appellet*.

Cette double vérité que j'avais cherchée en tremblant, et qu'après l'avoir trouvée, j'ai proclamée sans crainte, j'ai aussi tâché de la prouver vigoureusement.

Après avoir, au moyen de la méthode juridique et des inductions légales du raisonnement, reconnu que la doctrine catholique de la suprématie alternative de l'Eglise et de l'Etat, dans leur sphère d'action respective sur le mariage, régénéré par le christianisme, est la loi de mon pays, je me suis souvenu que

cette doctrine protège nos libertés religieuses aussi bien que nos libertés civiles; et c'est avec l'indépendance hardie du Légiste, le patriotisme du Canadien, et la plume convaincue d'un Chrétien que je l'ai défendue !

Pour les besoins de cette défense, c'est dans le droit civil sans doute, mais surtout dans les traditions de l'Eglise, son histoire, le Droit Canon et l'enseignement théologique que j'ai cherché mes preuves et puisé mes démonstrations. C'est dans ce noble arsenal que j'ai choisi mes armes, et dans ces sources vives que je les ai retrempées ! J'ai consulté l'Ecole à côté du Portique. En matière religieuse, j'ai pris l'avis des Docteurs de la Rome chrétienne, comme en matière civile, le sentiment des Prudents de la Rome payenne. J'ai cité St. Thomas à côté de Modestin, Bellarmin avec Cujas, et j'ai mis sur la même ligne Domat et St. Liguori. Ai-je eu tort de leur accorder, dans leur domaine respectif, une égale autorité ?

Ayant pleinement reconnu aux rois une autorité absolue sur les rapports civils du mariage, pouvais-je la refuser aux papes sur ses rapports religieux ? Ayant admis la puissance du Sceptre, pouvais-je nier la suprématie de la Tiare ! Après avoir rendu à César ce qui est à César, me blâmera-t-on d'avoir rendu à Dieu ce qui est à Dieu ?

T. J. J. Loranger.

COMMENTAIRE

SUR LE

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

LIVRE PREMIER

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

SOMMAIRE.

1. Liaison du présent titre avec les précédents.
2. Définition du Mariage par les Jurisconsultes Romains, les Canonistes et les Théologiens.
3. Indissolubilité du mariage.
4. Du mariage chrétien.
5. Le mariage peut être considéré comme contrat naturel et comme contrat civil. Explication.
6. Distinction entre l'autorité de la puissance religieuse et de la puissance civile sur le mariage.
7. Le mariage est considéré de quatre manières différentes par les différentes nations.
8. Suite.
9. Sentiment des Canonistes et des Théologiens. Citations.
10. Décisions des papes Pie VII et Pie IX sur la nature et les caractères du mariage.
11. Le mariage comme sacrement est soumis à l'autorité de l'église.
12. Causes matrimoniales.
13. Le mariage quoique sacrement ne cesse pas d'être un contrat naturel et civil.

14 Suite. Citation de la somme de St. Thomas. Interprétation de cette citation.
15. Avant la Réforme l'autorité de l'Eglise sur le mariage était universellement reconnue. Concile de Trente.
16. Déclarations des Papes sur le sujet du mariage.
17. Aucun texte de l'ancienne jurisprudence française n'a établi d'empêchements dirimants de mariage.
18. Opinion et citation de Pothier qui proclame l'autorité de la puissance civile sur le lien du mariage.
19. Suite de la citation.
20. Suite.
21. Suite.
22. Suite.
23. Réfutation de cette opinion.
24. Suite de la réfutation.
25. Suite.
26. Suite.
27. Suite.
28. Suite.
29. Pothier fait lui-même la critique de son opinion. Conséquences de l'opinion de Pothier pour le Bas-Canada.
30. Hypothèses au soutien de la réfutation. Anomalies résultant du principe de l'autorité civile sur le lien du mariage.
31. Suite.
32. Autorité de la puissance civile sous l'ancien régime français.
33. Lors de la Codification, l'autorité de la puissance Ecclésiastique sur le mariage était reconnue par la jurisprudence du Bas-Canada. Il en était ainsi en Europe avant la Réforme.
34. La Réforme fut d'abord mal accueillie en Angleterre. Henri VIII. Son traité des sept Sacrements. Son divorce avec Catherine d'Aragon.
35. Autorité du Droit Canon en Angleterre. Citations.
36. Le droit matrimonial de l'Angleterre à l'époque de l'établissement du protestantisme était le droit canon, et sous les modifications que lui ont imprimées le "Marriage Act" il l'est encore.
37. Validité d'un mariage entre protestants célébré par un prêtre catholique, reconnue dans un procès de bigamie.
38. Quels empêchements de mariage reconnus par le droit canon, modifiés par la législation matrimoniale de Henri VIII, étaient en vigueur en Angleterre, à l'époque de la Cession du Canada à ce pays.
39. Condition du droit matrimonial en Canada après la Cession.
40. Célébration du mariage des Catholiques et des Anglicans sous le nouveau régime.

41. Mariage des Dissidents, des Juifs et des Quakers, comment célébré.
42. Lors de la Codification, la validité du mariage de toutes les croyances religieuses, suivant les formes établies par chaque croyance, était reconnue par la loi du Bas-Canada. Le mariage civil n'y était cependant pas considéré comme valide. Ces distinctions sont fondamentales dans l'organisation du Code sur le présent titre. Référence aux Rapports des Commissaires.
43. Pour conserver l'intégrité des lois matrimoniales, deux plans d'organisation s'offraient aux Commissaires. Quels étaient ces deux plans. Le second a été adopté.
44. Développement de ce plan.
45. Suite.
46. Suite.
47. Non-seulement le Code a voulu que le mariage fut célébré religieusement, mais encore il a voulu qu'il le fut par le prêtre ou ministre de la dénomination religieuse des époux.
48. Démonstration de cette proposition.
49. Suite de cette démonstration.
50. Dans son organisation du mariage, le Code a respecté toutes les croyances religieuses, mais pour les catholiques, dans les cas de conflit entre le Code et le droit ecclésiastique, la disposition du Code contraire à ce droit n'a de vigueur que pour les effets civils.
51. Différence entre la législation du Code et l'ancienne législation française, sous ce rapport.
52. Le Code Napoléon, a comme les lois de la Révolution, ostracisé l'élément religieux des lois du mariage.
53. La doctrine du Code sur les effets civils et religieux du mariage.
54. Division avec développement du présent titre.

COMMENTAIRE.

1. Après avoir traité des droits des personnes, à raison de leur état civil, des actes qui constatent cet état, du domicile où s'exercent ces droits et de l'absence qui apporte une modification aux rapports créés par le domicile, le Code traite ici du Mariage. La plupart des droits civils résultent des relations de famille dont le mariage est la source. C'est donc par le mariage, que toutes les nations chrétiennes traitent comme un acte religieux, et qui est d'institution divine, que s'établit principalement l'état des personnes, et ce rapprochement justifie la place que le présent Titre occupe dans le Livre Premier,

consacré à l'exposition des principes sur lesquels est organisée la famille, et au développement des rapports juridiques qu'elle produit.

2. Le Mariage est appelé au Digeste : " l'union indissoluble pour la vie entière, de l'homme et de la femme, dans la participation du droit divin et du droit humain." " *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ (et) consortium omnis vitæ : divini et humani juris communicatio.*" [D. L. 23 T. 2, L. 1].

Les Institutes le définissent : " L'union de l'homme et de la femme, emportant communauté indivisible d'existence." *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*" (*Inst. L.* 1, *T.* 9. *Nuptiæ autem.*)

Cette double définition du droit civil est empruntée au jurisconsulte Modestin et la dernière a été adoptée par le décret de Gratien, avec la substitution du mot " *conjugium*" au mot " *nuptiæ.*" (Cause XXIX, quaest. 1.)

Les théologiens disent du mariage," qu'il est une union maritale indissoluble, créée entre des personnes capables de la contracter, emportant communauté indivisible d'existence." *Matrimonium est quædam indissolubilis maritalis conjunctio, inter legitimas personas, individuam vitæ consuetudinem retinens.*" (*St. Thom. Sum. Quæst.* 44, *art.* 3.)

3. La définition que fait du mariage le Catéchisme du Concile de Trente, ne paraîtra pas beaucoup différente de celle de Modestin et de St. Thomas. " Le mariage, dit ce catéchisme, est l'union conjugale de l'homme et de la femme, qui se contracte entre des personnes qui en sont capables suivant les lois et qui les oblige de vivre inséparablement, c'est-à-dire dans une parfaite union l'une avec l'autre :" *Matrimonium est viri, mulierisque maritalis conjunctio, inter legitimas personas, individuam vitæ consuetudinem retinens.*

Schmalzgrueber, *Jus. Can. Univers. Pars.* 1, *Tit.* 1, *sect.* 2, *De Matrim.* No. 223, *tom.* 4, *pag.* 100, dit : " Le mariage peut être considéré en deux sens, 1o. comme contrat actuel, entre deux personnes, qui par les lois en sont capables, lesquelles par un consentement exprimé par des paroles, s'obligent mutuelle-

ment à une union de toute leur vie, et aux actes propres à la génération ; 2o. plus ordinairement comme un lien permanent et pour ainsi dire perpétuel, entre l'homme et la femme, dans le sens de la glose *inst. de patr. potest. lit. O.* De là, quand le mariage est pris dans la première acception, le sens de la définition est que le mariage est un contrat par lequel un homme et une femme non frappés d'empêchements créés par la loi, s'obligent à vivre dans une union indissoluble pendant toute leur vie, et se font tradition réciproque de leurs corps, dans le but d'accomplir les actes propres à la propagation de la race humaine. Pris dans le second sens, il signifie l'union perpétuelle et indissoluble, ou le lien de l'homme et de la femme, né de leur consentement mutuel, exprimé par des paroles ou autres signes équivalents." *Matrimonium duobus modis accipi potest :* 1o. *pro actuali contractu, in quo legitimæ personæ consensu verbis expresso, se invicem obligant ad vitæ societatem et generationis usum :* 2o. *et frequentius, pro permanente ac quasi perpetuo jugo viri et fœminæ, quo sensu ait gloss. inst. de patr. potest. lit. O ; idem esse matrimonium quod conjugium ; unde, quando matrimonium in primâ acceptione sumitur, sensus definitionis erit quod matrimonium sit contractus, quo mas et fœmina nullo jure impediti, se ad individuam vitæ societatem, et mutuam corporum traditionem, in ordine ad actus ex se aptos ad generationem prolis obligant. Quando vero in secundâ acceptione, hunc sensum parit, quod matrimonium sit perpetua et indissolubilis conjunctio, seu vinculum viri et fœminæ, ortum ex consensu eorum, verbis, vel aliis signis expresso.*

Syllabus, proposition 67 ; *Jure naturæ matrimonii vinculum non est indissolubile.* Donc la contradiction de cette opinion qui est condamnée comme une erreur, est vraie!

Les jurisconsultes concordent avec les théologiens et les canonistes sur l'indissolubilité et le caractère religieux du mariage. Le Répertoire de Merlin (vo. mariage, tome 8, page 27,) s'exprime ainsi : " Nous avons dit, en général, parce que parmi les nations qui ont reçu les lumières du christianisme, le mariage est encore du droit divin et ecclésiastique."

4. Lorsque nous parlons de mariage, nous entendons pour

l'ordinaire, le *mariage chrétien;* alors il est assujetti aux constitutions de l'Eglise comme aux lois de l'Etat. Ainsi les chrétiens ne reconnaissent point de mariage entre eux, s'il n'a été célébré en face de l'Eglise, et par le ministère du prêtre."

Dans l'état de pure nature, le mariage se définit : *contractus, quo personæ corporum suorum mutuo dominium tradunt et accipiunt.*

Dans la religion catholique, on le définit : *Maris et fœminæ conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens*, ou plus proprement, *novæ legis sacramentum quo vir et mulier baptizati corporum suorum dominium mutuo tradunt et accipiunt* ; ce qu'on explique, *secundum præceptum legum divinarum et humanarum.* et par rapport, *ad usum conjugalem.*

A la page 30, l'auteur ajoute : " Au surplus, il faut regarder l'indissolubilité du mariage comme une maxime inviolable et fondée sur le dogme. Un mari qui aurait quitté sa femme adultère et en aurait épousé une autre, ne serait pas seulement tenu de la reprendre ; il serait encore poursuivi et puni comme bigame."

Domat, (Traité des Lois, Chap. 3, Vol. 1, pages 8 et 9, Edition Rémy,) s'exprime ainsi : " L'engagement que fait le mariage entre le mari et la femme, et celui que fait la naissance entre eux et leurs enfants, forment une société particulière dans chaque famille, où Dieu lie les personnes plus étroitement, pour les engager à un usage continuel des divers droits de l'amour mutuel. C'est dans ce dessein qu'il n'a pas créé tous les hommes comme le premier, mais qu'il a voulu les faire naître de l'union qu'il a formée entre les deux sexes, dans le mariage, et les mettre au monde dans un état de mille besoins, où le secours de ces deux sexes leur est nécessaire pen-un long temps. *Et c'est dans la manière dont Dieu a formé ces deux liaisons du mariage et de la naissance, qu'il faut découvrir le fondement des lois qui les regardent.*"

Plus loin : " C'est ainsi qu'il les (Adam et Eve) lia par cette union si étroite et si sainte, dont il est dit que c'est Dieu lui-même qui les a conjoints et qu'il les a mis deux en une chair.

Il rendit l'homme le chef de ce tout, et il affermit leur union, défendant aux hommes de séparer ce qu'il avait conjoint."

Puis après des développements qui sont ici omis, il ajoute : " *Le mariage est un lien formé de la main de Dieu* !"

Dans ces différentes citations, on trouve bien caractérisée l'indissolubilité du mariage, qui est une de ses propriétés de droit naturel.

5. Le mariage qui peut être considéré comme contrat naturel, comme contrat civil et comme sacrement, est d'institution divine. Depuis cette institution jusqu'aux lois de Moïse, le mariage fut régi par le droit divin naturel, bien qu'il ne soit pas très certain qu'il n'y eût pas alors quelque droit divin positif. Depuis la loi de Moïse, c'est-à-dire depuis les distinctions faites par le Lévitique, relativement aux personnes entre lesquelles il peut ou ne peut pas se contracter légitimement, il est devenu soumis au droit divin positif, et depuis que Jésus-Christ l'a élevé à la dignité de sacrement de la loi nouvelle, il a été régi par les lois de l'Eglise.

Bien qu'ils l'accompagnassent de cérémonies, dans certains cas religieuses et le missent sous la protection de leurs Dieux, devenus communs au mari et à la femme, *divini juris communicatio*, les Romains traitaient le mariage comme les autres contrats du droit civil, dans lequel, suivant leurs mœurs, était confondu le droit pontifical. Jusqu'à la Réforme du seizième siècle, les nations chrétiennes lui reconnaissant le caractère de sacrement, ont attribué à l'Eglise et à l'Eglise seule, le pouvoir de législation sur le lien du mariage, limitant la compétence de la législation civile au mariage considéré comme contrat civil, en d'autres mots, à ses effets civils. Cette distinction entre l'autorité des deux puissances, n'a pas cessé de faire partie de la doctrine catholique.

6. Les protestants au contraire, refusant au mariage le caractère de sacrement et le considérant comme contrat civil, tout en lui accordant un caractère religieux, (et c'est ainsi que le Code Civil le considère pour tous les chrétiens,) admettent sans restriction la compétence du pouvoir civil, tant sur le lien conjugal que sur ses effets civils. La loi d'Angleterre ne

reconnaît cependant de mariage valide, que celui qui est célébré en face d'Eglise, et par un clerc ou ministre régulièrement ordonné.

D'autres pays et parmi ceux-là, on compte des nations catholiques, la France par exemple, ne reconnaissant devant la loi, que le mariage civil, (1) refusent au mariage religieux la vertu de former le lien conjugal, attribuée au seul mariage contracté devant le fonctionnaire civil. Quelques autres pays, comme les Etats-Unis et l'Ecosse, font dépendre la validité du mariage, du seul consentement donné sans aucune forme ou solennité extérieure, et reconnaissent indifféremment aux ministres de toutes les croyances, et aux magistrats civils, le pouvoir de le célébrer.

7. Le mariage est donc considéré par les différents peuples, suivant leurs croyances religieuses et leurs mœurs, de quatre

(1) L'article 165 du Code Civil dispose ainsi :

" Le mariage sera contracté publiquement devant l'officier de l'état " civil de l'une des parties."

Les formalités sont réglées par l'article 75 au titre des Actes de l'état civil. Cet article, après l'énumération des lectures et interpellations qui doivent être faites aux futurs époux, en présence de quatre témoins, par l'officier de l'état-civil, ajoute ces mots : " Il recevra de chaque partie la " déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, il pronon- " cera au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera " acte sur-le-champ."

Le mot de mariage religieux n'est pas prononcé dans le Code Civil. Il l'est au Code pénal, dont il est nécessaire de lire deux articles, pour avoir une idée exacte des lois qui régissent le mariage en France.

L'article 199 du Code pénal est placé au titre premier du livre III sous cette rubrique : *Des contraventions propres à compromettre l'état civil des personnes.* Il est ainsi conçu : " Tout ministre d'un culte qui présidera " aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié " d'un acte de mariage préalablement reçu par un des officiers de l'état " civil, sera pour la première fois puni d'une amende de seize à cent " francs."

L'article 200 ajoute " En cas de nouvelles contraventions exprimées à " l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises, sera puni " savoir : pour la première récidive d'un emprisonnement de deux à cinq " ans, et pour la seconde de la détention."

manières différentes. 1o. Comme mariage-sacrement, sur lequel l'Eglise catholique a juridiction exclusive sous le rapport du lien conjugal, des fiançailles et de la cohabitation. (Benoit XIV syn. l. 9, c. 9, 3, 4. Schmal. passim. Scavini de sacr. matr. n. 506. Proposition 74 condamnée dans le Syllabus : " Causæ matrimoniales et sponsalia suapte naturâ ad forum civile pertinent," alloc. consist. 27 septembre 1852. Perrone de matr. christ, t. 2, cap. 5, art. I et II,) et l'Etat sous le rapport des effets civils. 2o. Comme mariage religieux, non reconnu comme sacrement, mais qui doit être célébré en face d'Eglise, et sur lequel l'Etat a juridiction sous les deux rapports. 3o. Comme mariage civil, qui n'a de valeur comme lien et comme contrat civil, qu'en autant qu'il est célébré devant un officier civil et dépendant exclusivement du pouvoir civil. 4o. Enfin comme mariage libre ou formé par le seul consentement, et qui est du seul ressort de la puissance civile, bien qu'occasionnellement les causes qui s'y rattachent puissent être soumises à des tribunaux dits ecclésiastiques.

Le Code Civil a-t-il reconnu ces quatre espèces de mariage, avec les caractères propres à chacun d'eux ?

Voyons d'abord ce que sont ces différents mariages, en commençant par le premier, que nous appellerons le mariage catholique.

Suivant les théologiens et les canonistes, le mariage peut être considéré sous le triple rapport de contrat naturel, de sacrement et de contrat civil. (1)

(1) Tournely Prælect. Theolog. de sacr. mat. pag. 1.

Considerari matrimonium potest sub triplici omnino ratione ! Vel ut est contractus naturalis in officium naturæ, vel ut contractus civilis vel denique ut Sacramentum novæ legis : suum autem habet distinctum quidem sed idoneum et subordinatum, hinc triplici ratione, correspondentem finem. Ut officium naturæ ad propagationem et conservationem humani generis, ordinatur ; ut contractus civilis Ripublicæ paci et perennitati consulit amicitias, affinitates, fœdera inter cives amplificando ; ut sacramentum novæ legis, conjuges gratiâ exornat, Ecclesiam ditat piâ et fidelî prolis educatione, concupiscentiæ frænum injicit at procurat remedium.

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.

8. Comme contrat purement naturel, (1) qui toutefois n'est possible que chez les infidèles vivant en dehors de l'état social, le mariage produit des effets naturels et il est sujet au droit naturel. Comme sacrement, il est inséparable du contrat naturel qu'il rend chose sacrée et spirituelle, et il est soumis aux lois de l'Eglise, et comme contrat civil, pour régler les intérêts temporels des époux, il produit des effets civils, et est sujet au droit civil. Le mariage est essentiellement un contrat naturel, d'institution divine, qui sous la loi évangélique a été élevé par J. C., à la dignité de sacrement, et sans lequel le sacrement ne saurait exister. Il n'en est pas ainsi du mariage considéré comme contrat civil. Ce n'est qu'accidentellement et par les effets que lui ont attribués les sociétés civiles, que l'on peut dire que le mariage est un contrat civil. Les effets civils du mariage varient suivant les lois des diverses nations, pendant que les effets du contrat naturel sont invariables et immuables. Les effets civils du mariage pourraient même être entièrement supprimés, sans que l'intégrité du mariage en reçut d'atteinte. Il n'en est pas ainsi du contrat naturel, entre les fidèles ; puisque comme matière du sacrement, il est de son essence, et que sans sacrement il n'y a pas de mariage.

(1) Ici l'occasion se présente d'expliquer, ce que dans ce Commentaire, l'on entend par le *contrat naturel* et le *contrat civil* appliqués au mariage, et comme étant l'un d'eux, matière du sacrement.

Les hommes vivant en société sont soumis aux lois qui la régit et à la puissance qui la gouverne. Nul de leurs actes produisant des effets légaux ne peut échapper au contrôle de cette puissance. Pas plus le mariage que les autres contrats. Voilà pour les rapports temporels du sujet avec l'Etat.

Dans l'ordre spirituel, il existe une dépendance analogue de l'homme envers Dieu son suprême souverain, représenté ici-bas, par son Eglise. Toutes les actions de l'homme, comprenant aussi bien les actes qui engendrent des obligations envers les autres, que ceux qui ne l'obligent qu'envers Dieu et sa conscience, deviennent sous le rapport spirituel, soumis à la puissance de l'Eglise, comme ses engagements temporels le sont à celle de l'Etat.

De là, la compétence distincte de l'Eglise et de l'Etat sur l'homme, relevant de l'une et de l'autre puissance, devenu leur sujet et dans l'un et l'autre ordre, soumis à leur double juridiction. Entre la juridiction spirituelle et la juridiction temporelle, dont l'action est tantôt simultanée et

Il s'ensuit que le contrat civil qui règle le temporel du mariage, n'est ni de l'essence, ni de la substance du mariage, mais qu'il n'en est qu'une suite accidentelle ou un accessoire, qui s'ajoute au mariage préexistant et accompli.

Le contrat naturel qui est produit par le seul consentement donné au mariage,—*Nuptias enim non concubitus sed consensus facit*,—[D. L. 35. T. 1 L. 15.] on pourrait dire aussi bien le consentement au mariage, est la matière du sacrement; mais il n'y entre pas comme élement distinct et séparable, de façon à ce que le contrat puisse être distingué du sacrement, comme deux êtres sont distingués physiquement et réellement l'un de l'autre ; il est élevé à la dignité de sacrement et ainsi élevé et perfectionné par l'institution de Jésus-Christ, le contrat participant de l'essence du sacrement, ne peut plus être à son égard, que l'objet d'une *distinction imparfaite, métaphysique et de raison*, et non l'objet d'une distinction *réelle, formelle et véritable.*

9. Le sentiment de beaucoup le plus vrai parmi les Canonistes et les Théologiens, *longe verior sententia*, (dit Schmalzgrueber,

tantôt distincte, mais toujours concordante pour aider l'homme, à atteindre sa fin spirituelle, *pro salute animæ*, et sa fin temporelle *pro bono reipublicæ*, il n'existe pas de conflit à redouter, si les limites des deux juridictions sont bien connues et si elles sont respectées.

La puissance civile et la puissance ecclésiastique ont leurs tribunaux, ayant juridiction sur les matières qui sont de leur domaine ; les tribunaux civils sur les matières civiles et les tribunaux ecclésiastiques sur les matières spirituelles. Pour ces derniers, il n'est ici question que de la juridiction du for extérieur qui appartient aux Evêques.

Le contrat de mariage est un contrat de droit naturel divin, à la différence des contrats naturels tombant dans l'ordre temporel, qui sont de droit naturel humain. On dit que le mariage et certains autres contrats sont de droit naturel, parcequ'ils existent indépendamment de toute participation de la loi positive. Quand les contrats de droit naturel ont été reconnus par le droit civil, ils deviennent des contrats civils, de même que ceux que la loi civile a elle-même créés comme contrats civils ; sans pourtant en cela méconnaître leur origine qui est le droit naturel, et sans non plus cesser d'être reconnus comme des contrats naturels.

Ainsi la redevance alimentaire provient d'une obligation de droit naturel, mais depuis que la loi civile l'a reconnue et a créé une action pour la

Jus. Canon. Univers. Lib. IV. Tit. I. No. 302), a toujours été que parmi les chrétiens, le mariage comme contrat, est inséparable du mariage comme sacrement, et qu'il ne peut y avoir entre eux d'union valide, au point de vue du lien conjugal, qui ne soit en même temps une union essentiellement sacrée, un contrat strictement spirituel, un vrai sacrement, le sacrement de mariage.

" Secundum Christi institutionem, *omne* matrimonium quod apud fideles *legitimum* est in *ratione contractus*, *etiam sacramentum* est."

Et encore :

" Esse sacramentum apud fideles, ex Christi institutione, est *omnino inseparabile* ab esse matrimonii." Ibid.

Mais la chose est maintenant certaine : *l'allocution consistoriale* du 27 Sept. 1852, ci-haut citée, ne laisse plus de doute à cet égard ; Pie IX y dit expressément :

" Cum nemo ex catholicis ignoret, ant ignorare possit, matrimonium esse vere et proprie unum ex septem evangelicæ legis sacramentis, a Christo Domino institutum, ac propterea *inter fideles* matrimonium dari non posse quin *uno eodemque tempore sit sacramentum,* adque idcirco *quamlibet aliam* inter christianos viri et mulieris, *prœter sacramentum*, conjunc-

faire respecter, elle est aussi devenue une obligation civile, sans abdiquer cependant son origine primitive. Ces obligations comme ces contrats sont tantôt appelés obligations et contrats *naturels* et tantôt obligations et contrats *civils*.

Nous avons dit du contrat de mariage qu'il est de droit naturel, parce qu'outre son institution divine, comme le dit Domat, à l'endroit ci-haut cité, il existe sans le secours d'aucune loi positive ; mais il participe aussi aux caractères du contrat civil, parcequ'il est reconnu par le droit civil, qu'il engendre des obligations civiles, et qu'il est impossible que dans un Etat régi par des lois civiles, un contrat de ce genre leur reste étranger. Ainsi quand on l'appelle un contrat civil, on fait par rapport à ce contrat ce qu'on fait par rapport aux autres contrats naturels devenus aussi des contrats civils. On dit et on peut le dire avec justesse, prenant pour qualificatif de ces termes, les remarques qui viennent d'être faites, tantôt que le mariage est un contrat naturel et tantôt qu'il est un contrat civil ; la différence n'existant que dans les termes, et l'acception des deux mots restant au fonds la même. Quelques théologiens, et en particulier Schmalzgrueber

tionem *cujuscumque etiam legis civilis* vi factam, nihil aliud esse nisi turpem atque exitialem concubinatum ab ecclesia tantopere damnatum, ac proinde à *conjugali fædere sacramentum separari numquam posse*, et omnino spectare ad ecclesiæ potestatem, ea omnia decernere quæ ad idem matrimonium quovis modo possunt pertinere."

"Aucun catholique n'ignore ou ne peut ignorer, que le mariage est vraiment et proprement l'un des sept sacrements de la Loi Evangélique, instituée par Jésus-Christ, et que par suite entre les fidèles, il ne peut y avoir de *mariage qui ne soit en même temps sacrement*, et que pour cette raison *toute union* de l'homme et de la femme parmi les chrétiens, qui se fait *en dehors du sacrement*, même en vertu d'une loi civile quelconque, n'est autre chose qu'un honteux et funeste concubinage, si hautement condamné par l'église, que le *lien conjugal ne peut jamais être séparé du sacrement*, et qu'il n'appartient absolument qu'à l'autorité ecclésiastique de régler tout ce qui peut, en quelque manière, concerner le mariage."

10. " C'est un dogme de foi, dit le même pape, dans sa lettre adressée de Castelgandolfo, le 19 Septembre 1852, à Victor

se servent indifféremment de l'un ou de l'autre de ces termes, cependant, toujours dans le même sens restreint. Quelques auteurs appellent en outre, le contrat de mariage ainsi envisagé, contrat *du droit des gens*, parcequ'il est de droit naturel commun à tous les hommes et que toutes les nations (*gentes*) en ont sanctionné l'institution et l'usage.

Cependant, comme c'est le contrat naturel dans son essence même, existant *per se*, indépendamment de ses rapports avec les lois civiles, et des effets qu'elles lui font produire, qui a été élevé à la dignité de sacrement, avec lequel il se confond pour ne faire qu'un tout avec lui, il est impropre de l'appeler en ce sens contrat civil. On ne devrait l'appeler contrat civil, que quand on l'envisage sous le rapport des effets civils qu'il produit et des obligations civiles qu'il engendre. C'est dans le sens de ces effets civils qu'il est appelé contrat civil dans ce livre, qui distingue soigneusement le contrat civil du contrat naturel et le contrat naturel du contrat civil. Encore une fois le contrat naturel c'est le contrat devenu sacrement, sur lequel l'Eglise a seule juridiction et le contrat civil, c'est ce même contrat produisant des effets civils, et qui est sous le contrôle exclusif de l'Etat.

Emmanuel alors roi de Sardaigne (relativement au mariage civil,) que le *mariage* a été élevé par Jésus-Christ Notre-Seigneur à la dignité de sacrement, et c'est un point de la doctrine de l'Eglise catholique, que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle surajoutée au contrat, mais qu'il est de l'essence même du *mariage*, de telle sorte que l'union conjugale entre des chrétiens n'est légitime que dans le *mariage sacrement*, hors duquel il n'y a qu'un pur concubinage."

"Une loi civile qui, supposant le sacrement divisible du contrat de *mariage* pour des catholiques, prétend en régler la validité, contredit la doctrine de l'Eglise, usurpe ses droits inaliénables, et, dans la pratique, met sur le même rang le concubinage et le sacrement de *mariage*, en les sanctionnant l'un et l'autre comme également légitimes."

"Les propositions suivantes adressées par Pie VII à l'Evêque de Varsovie," dit l'Abbé André, (Cours de Droit Canon, Vo. mariage, vol. 4, pages 419 et 420,) "sont avouées de tous les catholiques, qui en font la règle de leur conduite en cette matière."

1o. "Qu'il n'y a point de *mariage* s'il n'est contracté dans les formes que l'Eglise a établies pour le rendre valide ;"

2o. "Que le *mariage* une fois contracté selon les formes établies par l'Eglise, il n'y a pas de puissance sur la terre qui en puisse rompre le lien ;"

3o. "Que, dans le cas d'un *mariage* douteux, il appartient à l'Eglise *seule* d'en juger la validité ou l'invalidité, en sorte que tout autre jugement émané d'une autre puissance quelconque, est un jugement incompétent ;"

4o. "Qu'un *mariage* auquel ne s'oppose aucun empêchement canonique est bon, valide et par conséquent indissoluble, quel que soit l'empêchement que la puissance laïque y oppose induement, sans le consentement et l'approbation de l'Eglise universelle ou de son chef suprême, le Pontife romain ;"

5o. "Qu'au contraire on doit tenir pour nul de toute nullité, tout *mariage* contracté malgré un empêchement canonique dirimant, abrogé par le souverain, et que tout catholique doit en conscience regarder comme nul un tel *mariage*, jusqu'à ce

qu'il ait été validé par une dispense légitime accordée par l'Eglise, si toutefois l'empêchement qui le rend nul est susceptible de dispense."

11. Le contrat étant donc de l'essence du sacrement ou devenant un sacrement, il s'ensuit que tout contrat de mariage ou tout mariage [car ici, contrat de mariage est pris pour le mariage même, comme on dit contrat de vente, pour dire la vente même,] est un sacrement, qu'il n'y a pas pour les chrétiens de mariage qui ne soit sacrement, et que tout mariage qui n'est pas un sacrement, n'est pas un véritable mariage, " qu'il n'est même qu'un concubinage," ainsi que l'a déclaré Pie IX.

Le contrat de mariage ou le mariage étant un sacrement, quel est le pouvoir qui prescrira les conditions de sa validité, et prononcera son invalidité, si ce n'est l'Eglise à qui sont confiés l'usage et l'administration des sacrements ? C'est donc à l'Eglise qu'appartient le pouvoir de faire des lois, imposant au contrat naturel, les conditions qu'elle juge convenables pour l'élever à la dignité de sacrement, en d'autres termes, d'imposer des empêchements dirimants de mariage, suivant le terme reçu, pour désigner les vices du mariage résultant du défaut d'accomplissement des conditions exigées pour sa validité, et également de juger les questions qui se soulèvent sur la validité d'un mariage en contemplation ou d'un mariage déjà contracté, c'est-à-dire de prendre connaissance des causes matrimoniales.

Le Concile de Trente, sess. 24, C. 12, l'a ainsi défini : " *Siquis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices ecclesiasticos, anathema sit.*"

Et Pie VI, en sa qualité d'Interprète Suprême des Canons, a expliqué dans sa lettre du 17 sept. 1783, les paroles du Concile, de manière à ne laisser sur cette matière aucune obscurité dans les esprits.

" *Omnes hæ causæ* (*matrimoniales*) a-t-il déclaré, *spectant unice ad judices ecclesiasticos.*"

Mais quelles sont ces causes ?

Benoit XIV, Syn. Dioc. 8, 9, Ch. 9, No. 3, les divise en trois classes :

12. 1o. Celles qui ont pour objet le lien conjugal lui-même ;— et il est évident pour tout catholique que celles-là sont exclusivement du for ecclésiastique.

2o. Celles qui ont rapport soit à la validité des fiançailles, soit au droit de divorce *quoad torum* et *habitationem* : et celles-là encore, à cause de leur connexité avec le sacrement de mariage, ne peuvent être dévolues qu'au seul juge ecclésiastique. (Cap. 10. *Ex litteris*, *de sponsalibus*, et *Cap.* " *Porro*," *de divortiis.*) Car les fiançailles obligent à un mariage ultérieur; et par le divorce, cessent des droits que chacun des époux avait en vue dans l'union conjugale.

3o. Enfin les troisièmes, qui se rattachent, il est vrai, au mariage, mais qui ne regardent directement et immédiatement que des intérêts purement civils, comme sont les contestations qui s'élèvent sur la dot, les donations par contrats de mariage, les successions, les aliments et autres choses semblables: mais celles-là, du sentiment commun des Docteurs appartiennent aux juges séculiers.

Telle est la manière dont Benoit XIV distingue les trois sortes de causes matrimoniales, et toute l'Ecole a adopté cette distinction du savant Pontife, ayant pour objet: le *lien conjugal*, les *fiançailles*, et le *divorce quoad torum et habitationem.*

13. Les conditions que l'Eglise impose au contrat naturel, ne l'empêchent cependant pas d'être soumis à celles qui lui sont propres et qui sont de son essence, d'après le droit naturel, auxquelles l'Eglise peut ajouter, qu'elle peut même modifier sans pouvoir en détruire la substance, (et c'est là que s'arrête son pouvoir) ; car il est de règle générale, que le droit positif ne peut jamais violer le droit naturel. Ainsi donc, en dehors de la législation de l'Eglise sur le contrat naturel, il est régi par les lois qui lui sont propres et dérivent de sa fin.

Le contrat civil qui ne se forme qu'en présupposant le mariage déjà accompli, et dont l'existence dépend en conséquence de celle du contrat naturel, est aussi régi par des lois propres à atteindre sa fin, qui est le perfectionnement et le bonheur de la société civile, et la gouverne convenable des intérêts matériels que le mariage fait naître, telles que sont

les conventions matrimoniales et les successions, dont la dévolution se fait au profit de la parenté légitime créée par le mariage. Ces lois sont de la compétence du pouvoir civil, qui exerce sur les effets civils de mariage, une puissance incontestée.

Le pouvoir civil exerce donc sur les conditions du mariage, considéré comme contrat civil, dans le sens que nous avons dit, une puissance analogue à celle que l'église exerce sur le contrat naturel comme sacrement. Cette distinction se trouve exprimée dans les paroles de St. Thom. dans le passage cité plus bas.

14. " Matrimonium... in quantum est in *officium communitatis* statuitur *lege civili :* in quantum est *sacramentum* statuitur *jure divino.*" (Perrone de Matrim. christ., p. 345). L'État ne peut pas dire à raison de tels empêchements particuliers, le mariage sera sans valeur comme lien, mais il peut dire, tel mariage contracté malgré ces empêchements, sera privé des effets civils. Le mariage du mineur, par exemple, contracté au mépris de l'autorité paternelle, ne donnera lieu ni à la communauté, ni au douaire, ni à la dot, et les enfants, sans être frappés de bâtardise, ne seront pas reconnus comme légitimes, dans les successions *ab intestat* de leurs parents.

Avec ces distinctions sous les yeux, le fameux passage du même docteur dont sont extraites les paroles qui viennent d'être rapportées " *Matrimonium autem, in quantum est in officium naturæ, statuitur lege naturali, in quantum est sacramentum, statuitur jure divino, in quantum est in officium communitatis, statuitur lege civili. Et ideo exquslibet dictarum legum potest aliqua persona effici ad matrimonium contrahendum illegitima* " (Sent. IV, dist. 51, quœst. 1, art. 1) ne peut plus fournir de raisons sérieuses à ceux qui l'invoquent, pour prouver la compétence de la puissance civile à faire des lois sur la validité du lien ou du mariage considéré comme sacrement. *In quantum est in officium communitatis statuitur lege civili*, se réfère au mariage comme contrat civil, qui est de fait régi par la loi civile, et *potest aliqua persona effici ad matrimonium contrahendum illegitima*, se rapporte à l'illégitimité du mariage

dans ses rapports civils, comme quand il s'agit de la qualité d'héritier légitime. Cette interprétation est, croyons-nous, d'ailleurs, en harmonie avec les autres doctrines du Docteur Angélique.

15. La compétence exclusive de l'Eglise sur la validité du mariage, n'avait jamais été niée avant la Réforme. Elle paraissait être une maxime de droit commun Ecclésiastique et faire partie du droit public de l'Europe, quand Luther l'attribua au pouvoir séculier, en refusant au mariage le caractère de sacrement. Le Concile de Trente a résolu la question contre l'hérésiarque et ses partisans, en décrétant par le canon premier de sa vingt-quatrième session :

" Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas véritablement " et proprement un des sept sacrements de la loi Evangélique, " institué par Notre Seigneur Jésus-Christ, mais qu'il a été " inventé par les hommes, dans l'Eglise, et qu'il ne confère " point la grâce,—qu'il soit anathème."

"*Si quis dixerit, matrimonium non esse vere, et proprie, unum ex septem legis Evangelicæ Sacramentis a Christo Domino institutum sed ab hominibus in Ecclesiâ inventum, neque gratiam conferre,—Anathema sit!*"

Par le canon 4 de la même session.—" Si quelqu'un dit que " l'Eglise n'a pu établir certains empêchements qui rompent " le mariage, ou qu'elle a erré en les établissant—Qu'il soit " anathème ! " "*Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in eis constituendis errasse :—Anathema sit* ! " Ce Concile a ainsi décidé la question de la compétence exclusive de l'Eglise, à établir des empêchements dirimants de mariage, car quoiqu'il paraisse se contenter d'affirmer le droit de l'Eglise à ce sujet, sans le nier à la puissance civile, il est clair que comme le même droit ne peut appartenir dans sa plénitude aux deux puissances, en l'accordant à l'Eglise il le refuse à l'Etat.

C'est en ce sens que les théologiens interprètent unanimement ce canon.

16. Les déclarations authentiques des Papes Pie VI, Pie

VIII et Pie IX ne laissent plus aujourd'hui de doute sur la matière.

Pie VI dans son Bref du 16 septembre 1788 à l'Evêque de Motola dit : *Hinc fit ut ad solam Ecclesiam cui tota de sacramentis est cura concredita, jus omne ac potestas pertinet suam assignandi formam huic contractui ad subliorem sacramenti dignitatem evecto ac provide de matrimoniorum validitate ac invaliditate judicium ferre.*

Pie VIII, Encyclique de 1829 sur le mariage : " *Sacris rebus ipsum (matrimonium) accensendum esse, ideoque Ecclesiæ omnino subjici, christianus populus accurate edoceatur.*"

Pie IX, Allocution Consistoriale du 27 septembre 1852 déjà citée, sur les affaires de la Nouvelle-Grenade, conclut : *omnino spectare ad Ecclesiæ potestatem omnia decernere quæ ad matrimonium quovis modo possunt pertinere.*

17. Cette maxime de la suprématie du pouvoir ecclésiastique sur le lien, c'est-à-dire sur les causes de validité, de nullité et de dissolution du mariage, quoique contraire aux opinions gallicanes et niée par des auteurs distingués, parmi lesquels on rencontre Pothier et d'Héricourt, n'a cependant jamais été méconnue par les textes de l'ancien droit. Il est de fait, qu'on ne rencontre aucun édit ou ordonnance, imposant des empêchements dirimants de mariage, et que les rois de France qui ont fait des lois sur le sujet du mariage, se sont contentés de prononcer des peines, telle que l'exhérédation, comme sanction de leurs dispositions, et n'ont jamais déclaré les mariages invalides, excepté dans les cas prévus par les lois de l'Eglise et les canons. Telles sont les dispositions de l'Edit de Henri II, rendu en 1556, de l'ordonnance de Blois de 1679 et de la Déclaration de Louis XIII donnée en 1639--prohibant le mariage des mineurs sans le consentement de leurs parents, sous peine d'exhérédation, mais ne les déclarant pas invalides. L'ordonnance de Melun faite eu 1560, punit de mort les fauteurs du mariage des filles épousées de force et contre le gré de leurs gardiens, sans même invalider ce mariage.

Les jurisconsultes et les théologiens gallicans qui soutenaient l'autorité de la puissance séculière sur le lien du

mariage, ne lui niaient pas comme les protestants la qualité de sacrement ; ils ne soutenaient pas davantage que le contrat n'est pas la matière du sacrement, ils l'admettaient au contraire ; (1) mais ils prétendaient que ce n'est pas le contrat naturel, mais bien le contrat civil qui sert de sujet au sacrement et auquel *le sacrement est ajouté ;* que le contrat civil appartient à l'ordre politique et qu'il est sujet aux lois de la puissance séculière, laquelle a le droit de lui imposer des conditions irritantes, et de l'empêcher en l'invalidant, de devenir la matière du sacrement. Ecoutons à ce sujet Pothier qui, (dans son traité du Contrat de Mariage, (chap. III, art. 1, Nos. 10, 11, 12 et14,) a résumé les opinions des partisans de la puissance séculière.

18. " Le mariage que contractent les fidèles étant un contrat " que J. C. a élevé à la dignité de sacrement, pour être le type " et l'image de son union avec son Eglise, il est tout à la " fois et contrat civil et sacrement."

" Le mariage étant un contrat, appartient de même que " tous les autres contrats à l'ordre politique, et il est en consé-

(1) *Matière, forme* et *ministre* du sacrement de mariage.

Nul sacrement ne peut exister, suivant l'enseignement théologique, sans matière et sans forme. Point de matière et point de forme, point de sacrement qui est un signe sensible. La chose ou les actions extérieures dont on se sert pour faire le sacrement en sont la matière et l'application, la forme consiste dans les paroles que le ministre du sacrement prononce en en appliquant la matière.

In sacramentis verba se habent per modum formæ, res autem sensibiles per modum materiæ. Sum. part. III quœst. 60, art. 7.

" Quoique la présence du ministre soit nécessaire pour la confection " d'un sacrement, elle doit plutôt en être regardée comme la cause appa- " rente que comme faisant partie de son essence. Car l'essence d'un sacre- " ment consiste dans la matière et dans la *forme,* qui en sont les seules " parties constitutives," dit l'Abbé André. Cours de Droit Canon, vo. forme, vol. 3, page 447.

Dans le sacrement de baptême, par exemple, l'eau est la matière du sacrement et les paroles que prononce le baptisant en sont la forme.

On distingue dans la matière du sacrement, la matière éloignée et la matière prochaine. La matière éloignée est la matière, considérée dans son abstraction, la matière en repos, j'aimerais à dire, bien que cette expres-

" quence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la
" puissance séculière que Dieu a établies pour régler tout ce
" qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la soci-
" été civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui
" intéresse le plus le bon ordre de cette société, il est d'autant
" plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a
" établies pour le gouvernement de cette société."

" Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois
" pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à cer-
" taines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent
" à propos pour le contracter valablement."

" Les mariages que les personnes sujettes à ces lois contrac-
" tent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de
" nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à
" tous les contrats, que tout contrat est nul lorsqu'il est fait
" contre la disposition des lois. *Nullum contractum, nullum*
" *conventum, lege contrahere prohibente.*"

" Il n'y a pas en ce cas de sacrement de mariage, car il ne
" peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est matière.
" Le contrat civil étant la matière du contrat de mariage, il
" ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat

sion soit inconnue en théologie, et la matière prochaine, c'est la matière en action, considérée dans son application.

La matière éloignée dans le baptême, c'est l'eau considérée abstraitement et la matière prochaine, c'est cette même eau versée sur la tête du baptisé.

Ces termes quoique particuliers à la théologie et étrangers au droit civil, peuvent cependant être appliqués à tous les contrats civils. Ainsi on peut fort bien dire, que dans la vente, la chose vendue est la matière éloignée du contrat, que cette chose considérée relativement à l'obligation que contracte le vendeur de la livrer et l'acheteur de la payer en est la matière prochaine, et que le consentement des contractants au contrat, exprimé par des paroles ou autres signes extérieurs en est la forme. Naturellement les mêmes contractants seraient les ministres de la vente. On peut dire la même chose de tous les autres contrats.

De même dans le sacrement du mariage par lequel les époux s'engagent mutuellement à la tradition réciproque de leurs personnes pour les fins du mariage, et acceptent de chaque côté cette promesse mutuelle, la matière éloignée, c'est la personne des contractants, la matière prochaine, c'est la

" civil est nul, de même qu'il ne peut y avoir un sacrement
" de baptême sans l'eau qui en est la matière.

19. " Quelqu'évidents que soient les principes sur lesquels est
" fondé le droit qu'a la puissance séculière d'établir par des
" lois, des empêchements dirimants de mariage sans qu'elle ait
" besoin pour cela du concours ni de l'approbation ecclésias-
" tique, néanmoins Bellarmin, Bazile Pons, et quelques autres
" auteurs qui voudraient concentrer dans le Pape toute puis-
" sance, la spirituelle et la temporelle, ont attaqué dans leurs
" écrits la puissance séculière sur le mariage."

" Leurs arguments sont des plus frivoles. Ils disent : Le
" mariage est un sacrement, et par conséquent quelque chose
" de spirituel ; or la puissance séculière ne s'étend pas aux
" choses spirituelles ; elle ne doit donc pas s'étendre au ma-
" riage ; c'est donc une entreprise de la puissance séculière,
" sur la puissance spirituelle, lorsque les princes font des lois
" sur le mariage."

tradition et acceptation de ces personnes, la forme, c'est le consentement réciproque exprimé par des paroles ou par d'autres signes extérieurs équivalents, et les ministres du sacrement sont les époux.

Telle est l'opinion de Schmalzgrucber, qui parait avoir rallié à son sentiment l'école, il n'y a pas longtemps encore, partagée sur ce point.

Schmal. Jus. Can. De mat. tom. IV, pars. VI, tit. I, pag. 130.

Rapprochons les termes de la comparaison. Dans le mariage la matière éloignée est la personne des époux. La matière prochaine, ces mêmes personnes, objet de la promesse mutuelle d'en opérer la tradition et de l'acceptation réciproque de ces personnes ; ou la tradition et l'acceptation. Le consentement exprimé par des paroles ou autres signes extérieurs équivalents en est la forme, et les époux en sont les ministres.

Dans la vente matière éloignée, chose vendue. Matière prochaine, cette même chose, objet de la promesse de livrer et de payer ; en d'autres paroles la tradition et le prix. Forme, consentement exprimé par paroles ou autres signes extérieurs équivalents. Ministre, les contractants.

Qui ne verrait ici une analogie frappante entre les deux contrats ?

A cause de la nouveauté du sujet pour la plupart des lecteurs, poursuivons plus loin notre démonstration et demandons à l'ordre matériel d'autres objets de comparaison, qu'il nous fournira facilement, car malgré la différence profonde qui sépare la chose sacrée de la chose profane, le sacrement est un *signe sensible*, et sa matière l'est également. Non-seule-

" La réponse à cet argument est facile : Il y a deux choses " dans le mariage ; le contrat civil entre l'homme et la femme " qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat " civil et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière."

" Je consens que le mariage en tant qu'il est sacrement est " quelque chose de spirituel et n'est point du ressort de la " puissance séculière ; c'est parce que les princes ne peuvent " pas faire des lois sur le mariage en tant qu'il est sacrement. " Ce serait, par exemple, de la part des princes, entreprendre " sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils voulaient

ment la comparaison de la matière et de la forme des sacrements avec les choses matérielles et physiques est légitime, mais Tournely dans l'ouvrage cité plus haut, page 111, distingue la matière et la forme des sacrements par leur analogie avec les choses physiques. *Materiam et formam in Sacramentis distinguunt theologi, per analogiam ad materiam et formam rerum physicarum.*

Je suis à Rome et je dirige mes pas vers l'église de la Minerve où mes regards sont attirés par la splendide statue du Christ, dit de *Michel-Ange* ; ce Christ resplendissant, dont un des pieds, objet d'un enthousiasme passionné, a été chaussé d'un cothurne d'airain, pour l'empêcher d'être déprimé sous les baisers de la foule ! En l'admirant, je me demande : quels sont les éléments essentiels et constitutifs de ce chef-d'œuvre, et je me réponds : Ce sont sa matière et sa forme ; et bientôt j'aperçois que sa matière éloignée est le pur carrare dont il est fait, que sa matière prochaine est le même marbre soumis au ciseau qui l'a façonné, j'aimerais à dire animé, que sa forme est celle que lui a donnée le statuaire. Et si je pousse plus loin mon investigation, je trouve pour ministre, de cette statue (le mot ministre qui dérive du verbe latin, *ministrare*, veut dire dans son acception éloignée, agent, facteur, ouvrier) le statuaire lui-même.

Ces rapprochements font donc voir que ces termes employés par les théologiens et les canonistes pour désigner la substance du sacrement, n'ont rien d'extraordinaire ou de singulier, et que suivant les règles de la logique on peut les employer avec utilité, pour découvrir la substance ou les éléments essentiels de presque toutes les choses qui deviennent le sujet de raisonnement ou l'objet d'une démonstration.

Il doit être aussi compris que quand il est dit dans ce livre, que le contrat naturel est la matière du sacrement, l'on doit entendre la matière prochaine, qui comme nous l'avons vu est le consentement ; on peut aussi bien dire le contrat lui-même, puisque le consentement fait le contrat. *Consensus non concubitus facit matrimonium.*

" décider par leurs lois quel est le ministre du sacrement de
" mariage, quelles sont les dispositions qu'on doit apporter
" pour recevoir la grâce attachée à ce sacrement, et, en géné-
" ral, s'ils voulaient décider ou régler par leurs lois, quelque
" chose qui concernât le mariage comme sacrement."

20. " Mais si le mariage est sacrement, et sous ce respect du
" ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat
" civil ; et comme contrat civil il appartient à l'ordre politique,
" et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance sécu-
" lière. La qualité de sacrement qui survient à ce contrat,
" mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce con-
" trat au droit qu'a la puissance séculière de régler les con-
" trats et tout ce qui est de l'ordre politique, car J.-C., en
" instituant les sacrements, et en publiant son Evangile, n'a
" pas entendu diminuer ni altérer en rien, les droits de cette
" puissance séculière, qu'il a déclarée être établie de Dieu, et
" à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme,
" pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

" D'ailleurs, la loi civile en déclarant nul un contrat de
" mariage fait contre sa disposition, ne touche pas au sacre-
" ment de mariage, parceque ce contrat de mariage qu'elle
" rend nul, n'est pas sacrement : elle empêche seulement en
" le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacre-
" ment."

" Les théologiens que nous combattons disent, pour établir
" leur système, qu'il y a deux sortes de mariage : l'un *du*
" *Droit des gens* qui est commun à tous les peuples ; l'autre
" du droit civil, lequel est propre et particulier à chaque
" nation. Jésus-Christ [ajoutent-ils] ayant voulu nous com-
" muniquer ses sacrements, non à un état particulier, mais à
" toutes les nations et à tous les royaumes, a choisi, pour
" élever à la dignité de sacrement, le contrat de mariage du
" droit des gens qui est commun à toutes les nations, et non
" le contrat civil de quelque état particulier ; d'où ces théolo-
" giens concluent, qu'il suffit qu'un contrat de mariage ne
" contienne rien de contraire à ce que le droit naturel et le
" droit des gens exige dans les mariages, quoi qu'il y ait con-

" trevenu à ce qui est requis par la loi civile, pour qu'il soit
" un vrai mariage et pour qu'il soit élevé à la dignité de
" sacrement ; que la contravention à la loi civile peut bien
" priver le mariage des effets civil,s mais qu'elle ne peut en
" empêcher le lien."

22. " Je réponds que ces théologiens ne s'expriment pas exac-
" tement lorsqu'ils disent qu'il y a deux sortes de mariage, l'un
" du droit des gens et l'autre du droit civil. On doit plutôt
" dire qu'il y a des choses qui sont requises pour la validité
" des mariages par le droit naturel et des gens, et d'autres qui
" sont requises par le droit civil de chaque nation ; que celles
" qui sont requises par le droit naturel et des gens, sont requi-
" ses partout, dans tous les lieux, et entre toutes sortes de
" personnes ; au lieu que ce qui est requis par quelque loi
" civile n'est requis qu'entre les personnes qui, étant sujets
" de l'État où cette loi a été portée, sont soumises à son
" empire."

" Mais c'est à tort que ces théologiens donnent le nom de
" mariage *du droit naturel* à un mariage qui ne contiendrait
" à la vérité, rien de contraire à ce que requiert le droit
" naturel, mais dans lequel on aurait contrevenu à quelque
" loi civile, lorsque les parties qui l'ont contracté sont sou-
" mises à l'empire de cette loi, car Dieu qui est l'auteur du
" droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque état
" l'obéissance aux lois civiles de l'État dont ils sont sujets, les
" parties qui contractent un mariage contre quelque disposi-
" tion de la loi civile de l'État dont ils sont sujets, contrevien-
" nent non-seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent
" aussi au droit naturel qui leur ordonnait l'obéissance à cette
" loi. C'est pourquoi ce mariage, que nos théologiens con-
" viennent n'être pas un mariage civil, parcequ'il est contraire
" à la loi civile, n'est pas non plus un mariage de droit
" naturel, parcequ'il est pareillement contraire à ce que le
" droit naturel exigeait des parties, et ne peut par conséquent
" servir de matière au sacrement."

23. L'on voit par ces citations que, quoique fort longues,
nous avons faites intégralement, pour exposer sous son vrai

jour et dans toutes ses formes, la doctrine de l'auteur et les raisons sur lesquelles il l'appuie, que le point fondamental de son argument, celui duquel il déduit sa thèse en faveur de la puissance séculière, est que la matière du sacrement est le contrat civil et non le contrat naturel. Ce point admis, tout s'enchaîne dans l'argumentation, et la conclusion de l'auteur découle rigoureusement des prémisses. Le contrat civil, étant la matière, et partant de l'essence du sacrement qui ne se forme que suivant son bon plaisir, la puissance civile en accordant ou en refusant au sacrement sa validité, suivant qu'elle l'accorde ou la refuse au contrat civil, ne fait qu'user d'un pouvoir qui lui est propre et reste strictement dans ses attributions. Le mariage qui n'en reste pourtant pas moins un sacrement, l'auteur l'admet, et qui étant un sacrement ne peut exister que comme sacrement, échappe à la juridiction de l'Eglise, par le fait même qu'il tombe dans le domaine de l'Etat auquel il appartient, à l'exclusion totale de l'Eglise ; car la puissance ecclésiastique et la puissance séculière ne peuvent avoir à la fois la plénitude du pouvoir sur l'essence ou la matière d'un sacrement, et l'action de l'une exclut nécessairement celle de l'autre.

24. Voici donc un sacrement enlevé à l'Eglise et laissé à la merci de l'Etat, qui lui accorde ou lui refuse l'existence, en décidant de la suffisance ou de la valeur intrinsèque de la chose qui en fait la matière; un sacrement qui *survient à la chose*, qui en fait la matière et *s'y ajoute;* Pothier vient de le dire ! Or, une chose qui survient à une autre et s'y ajoute, n'y peut survenir et s'y ajouter que comme qualité accidentelle ou accessoire !

Dans le mariage tel que le veut l'auteur, le sacrement n'est donc qu'une qualité accidentelle surajoutée au contrat ou l'accessoire du contrat. Ce n'est cependant pas le sentiment de Pie IX, qui dans la lettre sus-citée, adressée au roi de Sardaigne, dit: " C'est un dogme de foi que le mariage a été " élevé, par N. S. J. C., à la dignité de sacrement, et l'Eglise " enseigne que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle " surajoutée au contrat, mais qu'il est de l'essence du mariage

" même." *Dogma fidei est. Matrimonium a J. C. D. N. ad dignitatem sacramenti esse elevatum, atque doctrina Ecclesiæ Catholicæ non esse qualitatem accidentalem contractui superadditam sed de ipso matrimonio essentiam esse.*

Ainsi d'après la déclaration du Souverain Pontife qui parle dans la plénitude de son autorité, c'est une chose certaine, c'est la doctrine même de l'Eglise catholique, *doctrina Ecclesiæ catholicæ*, que le contrat civil n'est pas la matière du contrat de mariage, puisque s'il l'était, le sacrement ne serait qu'une qualité accidentelle surajoutée au contrat, et cette opinion est proscrite comme étant fausse et erronée.

Mais au point de vue du raisonnement, ne le serait-elle pas également? Pour soutenir sa thèse, que la législation sur le lien du mariage appartient à la puissance séculière, au préjudice de la puissance spirituelle, Pothier, en posant comme principe et comme chose admise, que la matière du sacrement est le contrat civil, ne décide-t-il pas la question par la question même, et par une pétition de principe ? Incontestablement oui, puisque la question est de savoir si c'est le contrat civil ou le contrat naturel qui est la matière du sacrement. Nous avons vu que les théologiens exprimant la doctrine de l'Eglise, disent que c'est le contrat naturel. L'auteur commence sa discussion par l'assertion contraire.—" Le contrat civil étant la matière " du sacrement, dit-il, il ne peut y avoir de sacrement de " mariage lorsque le contrat civil est nul." Cette assertion faisant le fond de la question restait à être prouvée. Voyons si l'auteur l'a fait. La puissance séculière, dit-il, a toujours joui de ce droit, et il cite les Constitutions des Empereurs Théodose, Valentien, Valence et Justinien qui ont établi des empêchements de mariage et qui ont été approuvés par l'Eglise. Mais c'est précisément cette approbation donnée par l'Eglise aux lois de la puissance séculière, nous disent avec raison les théologiens, qui a donné valeur à ces lois ; lesquelles par le fait de cette approbation sont devenues de vraies lois ecclésiastiques et il est certain que sans cet acquiescement, elles n'auraient jamais eu de valeur canonique.

25. L'auteur prétend que la doctrine qu'il soutient a toujours

été enseignée dans les écoles de droit, et il invoque l'opinion du Docteur Launoi, du Jésuite Sanchez qui, à l'endroit cité par Pothier, dit en propres termes, que la matière du sacrement est le contrat civil, *nec obstat principis secularis auctoritati matrimonium esse sacramentum, quia ejus materia contractus civilis*, de M. Hennequin qui s'appuie de l'autorité de M. Boileau, et aussi de Melchior Cano, qui pense comme Sanchez. Ces deux derniers noms sont sans doute d'une valeur considérable en théologie. Cependant quoiqu'il en soit, ils n'apparaissent sur cette question, que comme des autorités isolées qui ont contre elles les traditions de l'Ecole, les déclarations du St. Siége, et l'enseignement maintenant unanime des canonistes et des théologiens. Perrone dans son savant ouvrage en trois volumes in-8, *De Matrimonio Christiano* a mis ce fait dans tout son jour.

Pothier convient "que le mariage en tant qu'il est sacre-" ment, n'est pas du ressort de la puissance séculière et que les " princes entreprendraient sur la puissance ecclésiastique, s'ils " voulaient décider par leurs lois, quel est le ministre du " sacrement." Mais ne fait-il pas la même chose, lui, en décidant sur la matière du sacrement et en soutenant la compétence du pouvoir civil sur les qualités essentielles de cette matière ?

D'ailleurs, ajoute-t-il, " la loi civile en déclarant nul un con-" trat de mariage fait contre sa disposition, ne touche pas au " sacrement de mariage, puisque le contrat de mariage qu'elle " rend nul n'est pas sacrement ; elle empêche seulement en le " déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement de " mariage." C'est là une des erreurs fondamentales du système soutenu par Pothier. Mais puisque d'après la déclaration solennelle du St. Siège, le contrat est inséparable du sacrement, qu'il est *lui-même* élevé à la dignité de sacrement, comment la loi civile peut-elle déclarer nul le contrat, cette matière prochaine du sacrement, bien plus, ce qui en est à la fois la matière et la forme, et en constitue ainsi tous les éléments essentiels, sans toucher au sacrement lui-même ?

Ici s'écroule toute la thèse de l'auteur.

Du reste, s'il voulait dire que la loi civile ne peut pas toucher au sacrement déjà formé,il serait tellement dans le vrai, qu'il dirait une chose triviale à force d'évidence, mais ce n'est pas là ce qu'il veut dire et il l'explique lui-même. Il veut dire que la loi civile ne touche pas au sacrement, en déclarant qu'il n'a pas lieu quand le contrat civil est nul, parcequ'il n'est pas revêtu des conditions qu'elle prescrit ou qu'il est fait contre ses dispositions. Comment peut-on, sans toucher à un contrat quelconque, déclarer qu'il ne peut se former à cause de vices affectant son essence même ? Dira-t-on par exemple, pouvoir prononcer, que pour des vices de substance, ou à défaut de formes substantielles, disons, que sans autorisation judiciaire du tuteur le bien du mineur ne peut être vendu, sans toucher à la vente de ce bien ? Déclarer l'invalidité de la vente d'une chose dans certains cas, n'est-ce pas toucher à la vente même de cette chose, et prononcer la négative d'une proposition, n'est-ce pas affirmer la proposition contraire ? Quand on dit que le mariage non revêtu des conditions de validité imposées par la loi civile, n'est pas un sacrement, n'est-ce pas dire que revêtu de ces conditions il le devient ? Et quand la question est de savoir si c'est le contrat civil ou le contrat naturel qui est la matière du sacrement, la loi civile disant que c'est le contrat civil, ne touche-t-elle pas au sacrement même, en prononçant sur les cas où il a lieu et sur les conditions de sa validité ? En constituant le sacrement de mariage, Jésus-Christ lui a assigné pour matière le contrat naturel ou le contrat civil, il faut que ce soit l'un des deux : la loi civile en décidant que c'est le contrat civil, non-seulement touche au sacrement, mais encore elle prononce sur l'essence d'un sacrement. Que nous donne-t-elle pour garantie de l'exactitude de sa décision ? Ce ne sera pas l'Eglise dont elle récuse l'autorité. Elle se donne elle-même comme juge et la conséquence sera, que les jugements sur les sacrements appartiennent à la puissance civile !

Il est inutile d'insister sur ce point ; l'auteur ne peut déguiser, sous des précautions de langage, le fait de l'intervention de la loi civile dans la matière du sacrement. Il ajoute que Jésus-

Christ n'a entendu élever à la dignité de sacrement, que les mariages légitimes, que le mariage que la loi civile déclare nul est un commerce illégitime et criminel, " et que l'on ne " peut prétendre sans une espèce d'impiété, que J. C. ait voulu " en faire le type de son union avec l'église. "

27. Si le mariage est illégitime et s'il constitue un commerce criminel, il n'est pas douteux qu'il ne puisse être la matière du sacrement et qu'il y aurait impiété à le prétendre ; mais c'est la légitimité ou l'illégitimité même du contrat, sous les rapports sacramentels, qui est en question.

L'auteur prête ensuite aux théologiens qu'il combat, l'opinion qu'il y a deux sortes de mariage, l'un du droit des gens [ou du droit naturel] qui est commun à tous les peuples, l'autre du droit civil qui est particulier à chaque nation, et que c'est le contrat du droit des gens qui a été élevé à la dignité de sacrement. " On doit plutôt dire, ajoute-il, qu'il y a des choses " qui sont requises pour la validité des mariages par le droit " naturel et des gens et d'autres qui sont requises par le droit " civil de chaque nation "—mais, c'est à tort, dit-il encore, " que " ces théologiens, (ceux que l'auteur combat,) donnent le nom " de mariage du droit naturel à un mariage qui ne contien- " drait, à la vérité, rien de contraire à ce que requiert le droit " naturel, mais dans lequel on aurait contrevenu à quelque loi " civile, lorsque les parties sont soumises à l'empire de cette " loi."

Constatons d'abord que l'auteur ne rend pas exactement la pensée des théologiens qu'il combat, en leur faisant dire, sans qualificatif, qu'il y a deux contrats de mariage ; l'un du droit naturel et l'autre du droit civil, d'où l'on pourrait inférer qu'ils ne font aucune distinction entre les deux contrats et qu'ils les traitent tous deux comme essentiels au sacrement, pendant que, dans leur doctrine, le contrat naturel est seul essentiel au sacrement, ou que le contrat naturel est devenu sacrement, et que le contrat civil n'en est que l'accessoire et la conséquence. En d'autres termes, ils attribuent au contrat civil la même dépendance du sacrement, que Pothier prête au sacrement par rapport au contrat civil. Nous venons de l'entendre dire que le

sacrement est ajouté au contrat civil ; les théologiens disent que le contrat civil est ajouté au sacrement. [Suivant Pothier, sans contrat civil, il n'y a pas de sacrement, suivant les théologiens, sans sacrement il n'y a pas de contrat civil, en ce qu'il n'y a pas de mariage. En un mot, suivant le premier, malgré sa qualité de sacrement, la juridiction sur le lien du mariage ne cesse pas d'appartenir à l'Etat et suivant les autres, à cause de cette qualité, cette juridiction appartient à l'Eglise.

28. L'auteur continue et dit : " qu'en contrevenant au droit " civil, on contrevient aussi au droit naturel, et qu'un contrat de " mariage contraire au droit civil n'est pas un contrat naturel." Outre que cette opinion a le tort de prendre pour admis ce qui est la question, savoir la compétence du pouvoir civil qui est niée, (et si ici il n'a pas le droit de commander, le droit naturel ne peut enjoindre de lui obéir,) est-il bien sûr qu'elle soit fondée en principes et qu'un contrat de mariage prohibé par le droit civil ne soit pas un mariage du droit naturel ? Du reste c'est une maxime reçue qu'un contrat non revêtu des conditions requises par le droit civil et nul par suite comme contrat civil, n'en est pas moins, en certains cas, valable comme contrat naturel. Ainsi le contrat de la femme sous puissance de mari, fait sans autorisation est nul comme contrat civil ; mais, il n'en vaut pas moins comme contrat naturel, en ce qu'il oblige la femme à la restitution du gain indû qu'elle fait par le contrat ; c'est là ce qu'enseigne Pothier lui-même, dans son traité de " la Puissance du mari No. 51." Pourquoi ce principe ne s'étendrait-il pas au contrat de mariage ? On ne voit pas sur quoi se baserait une exception. Il faut donc regarder comme sans autorité ce que l'auteur a dit, quand il a prétendu démontrer que la nullité du contrat civil entraine celle du contrat naturel, et par suite du sacrement.

29. Au passage où l'auteur dit : " qu'il y a des choses qui " sont requises pour la validité des mariages par le droit " naturel et des gens, et d'autres qui sont requises par le droit " civil de chaque nation ; que celles qui sont requises par le " droit naturel et des gens sont requises partout, dans tous les lieux et entre toutes sortes de personnes, au lieu que ce qui

" est requis par quelque loi civile n'est requis qu'entre les " personnes qui, étant sujets de l'État où cette loi a été faite, " sont soumises à son empire ;" ne peut-on pas répondre qu'il a fait lui-même la critique de son opinion, en admettant que, suivant son système, la validité du sacrement de mariage variera suivant les temps et les lieux et dépendra du bon plaisir de la puissance civile. Ici la thèse de l'auteur s'accentue davantage et se débarrasse des réticences qu'il y a d'abord mises, en prétendant qu'en déclarant le mariage nul, la loi civile ne touche pas au sacrement. Elle y touche si bien et de si près, qu'elle peut, en imposant des conditions odieuses au contrat civil, paralyser l'administration du sacrement. Ceci tient aux plus hautes considérations de la liberté religieuse et même politique. Supposons un souverain protestant, violentant le mariage de ses sujets catholiques, et refusant d'en reconnaître la valeur sans obéissance à des conditions oppressives. Notre liberté religieuse nous a été garantie ; mais supposons le contraire, et que lors de la Cession du Pays, l'Angleterre y eût mis en force le statut impérial 26 G. II, C. 33 rendant nul tout mariage non contracté dans une église anglicane ; tel mariage contracté contre la disposition de cette loi civile, dans une église catholique ou par un prêtre catholique, eut été suivant la doctrine de Pothier, réprouvé par le droit naturel, et n'aurait pas été l'objet du sacrement.

30. On peut dire la même chose du serment de suprématie, qui, s'il eût été imposé aux catholiques du Canada, par la loi civile, comme condition de la valeur de leur mariage, eut rendu les récalcitrants inhabiles à recevoir le sacrement, puisqu'un mariage contraire aux dispositions de la loi civile ne peut être la matière du sacrement, et que ceux qui auraint juré se seraient rendus par le fait même, indignes de le recevoir.

Voilà deux hypothèses auxquelles on peut ajouter une foule d'autres, qui, en faisant voir l'énormité des conséquences découlant du principe de la compétence du pouvoir civil sur le mariage, en démontrent la fausseté par l'application même de la raison invoquée pour le soutenir, savoir que la validité

du sacrement de mariage dépend de la validité du contrat civil.

L'application du principe conduit à des complications si bizarres, qu'il suffit de les signaler pour en faire voir la fausseté. Une loi que l'on dit prononcer la nullité du contrat civil offre des difficultés d'interprétation, nécessitant l'intervention judiciaire ; qui devra prononcer sur son véritable sens ? Le tribunal de première instance rend une sentence infirmée par arrêt de la cour d'appel. La conséquence de ces deux jugements sera, que le sacrement aura été validement ou invalidement administré jusqu'au jugement en dernier ressort, en recevra par la suite une détermination différente, et si plus tard le point en litige devient l'objet d'une solution contraire, le sacrement sera exposé aux variations de la jurisprudence. Dans la Province de Québec où le dernier ressort est au Conseil Privé, les Lords du Conseil seront les juges de la validité du sacrement de mariage !

31. Les résultats sont déjà assez anormaux, mais ils le seront bien davantage, si l'on suppose le désaveu de la loi, un conflit de juridiction entre le gouvernement local et le gouvernement fédéral sur le sujet de cette loi, des amendements successivement faits à cette loi, son défaut de promulgation, et les mille accidents législatifs qui peuvent rendre douteuse la vigueur d'une loi et en empêcher l'exécution et qui auraient pour effet dans le cas qui nous occupe, de rendre incertaine la validité du sacrement de mariage, et en suspendre ou en paralyser l'administration !

Il faut donc l'avouer, la doctrine que nous combattons est inadmissible, non seulement au point de vue religieux, pour ceux qui font profession d'attachement à l'Eglise de Rome, mais encore au point de vue du droit public, comme contraire aux principes qui régissent la séparation des grands corps de l'Etat et des deux puissances. Elle est surtout inadmissible pour les Catholiques du Bas-Canada, dont la liberté religieuse a été garantie par traité et qui regarderaient les entreprises du pouvoir civil sur le mariage, comme un empiètement de la puis-

sance politique sur le domaine religieux et une menace à leurs institutions !

Nous avons vu comment cette doctrine est mal défendue par les principes légaux, quand elle a pour auxiliaire Pothier lui-même, dont on serait surpris de voir le nom associé à ceux des partisans du pouvoir civil, si l'on ne connaissait les tendances des légistes et de la magistrature de cette époque et la lutte à laquelle cette question a donné lieu.

32. Il n'est pas douteux que les idées dominantes de la mère-patrie en matière de liberté civile et religieuse, c'est-à-dire les maximes gallicanes prévalurent généralement dans la juridiction civile et canonique pendant toute la durée de la domination Française. (1) Le principe du gallicanisme en cette matière, c'est la prédominance du pouvoir civil sur le pouvoir religieux. Ce principe qui, appliqué aux rapports de l'Eglise de France avec l'Eglise Romaine, tendait à nier la suprématie du Pontife Romain en attribuant à l'autorité royale la souveraineté dans

(1) La preuve des tendances gallicanes de la jurisprudence sous la domination française se trouve dans les Edits et Ordonnances et dans les Régistres judiciaires qui ont été conservés.

Le 26 Janvier 1711, dans une procédure faite pour faire casser un mariage fait en contravention aux dispositions du Concile de Trente, Montoléon, le marié, refusa de répondre, protestant que le Conseil Supérieur n'avait aucune juridiction, et demandant à être renvoyé à l'officialité de la ville de Québec. Le Conseil Supérieur rejette le déclinatoire.

Régistres de la Prévôté de Québec.

Dans leur excellente Histoire du Droit Canadien, MM. Doutre et Lareau rapportent en ces termes, pages 246 et 247, un arrêt du Conseil Supérieur qui touche intimement à cette note justificative.

" Le 30 Janvier 1713, le Conseil rend un Arrêt par lequel il est ordonné " que la requête présentée par Jacques Sivre dit Saint Fort, tendant à le " recevoir appelant comme d'abus de sentence rendue en l'officialité de " Québec entre lui et Catherine Damiens, sa femme, sera communi- " quée avec les pièces énoncées en icelle, au Procureur-Général. La " requête tendait à faire intimer M. le promoteur pour voir, en infirmant " la sentence, déclarer qu'il a été mal, nullement et abusivement prononcé " au chef seulement, qui défend au dit Saint Fort de contracter mariage " et ordonner qu'en s'acquittant du devoir de chrétien catholique romain, " ne se rencontrant aucun obstacle en lui, le sacrement du mariage lui

les matières qui intéressaient à la fois l'ordre civil et religieux, et réclamait pour l'Eglise gallicane des priviléges en dehors du droit commun, n'a pu produire dans la colonie qui n'avait point de rapports directs avec le Saint-Siège et où tout était soumis à l'empire absolu du gouvernement civil de la métropole, les conflits qu'il avait créés en Europe ;—il pénétra sans froissement dans les rapports de l'Eglise avec l'Etat et s'introduisit insensiblement dans la jurisprudence matrimoniale.

Par le changement de Souveraineté, l'Eglise du Canada fut délivrée de sa dépendance de l'Etat,et la doctrine de la compétence du pouvoir civil sur le mariage disparut avec plusieurs autres maximes. Si celle-ci eut été perpétuée sous le nouveau régime, la conséquence aurait été que la législation sur le mariage catholique dans le Bas-Canada, aurait été dévolue au gouvernement protestant d'Angleterre. Il n'est pas besoin de chercher les résultats hostiles à notre liberté religieuse qui seraient sortis de l'exercice de ce pouvoir. Aux yeux de ceux qui apprécient la conservation de cette liberté à l'égal de la liberté politique, et les considèrent toutes deux comme la sau-

" sera administré, nonobstant l'incapacité prétendue par la dite sentence. " Le Procureur-Général devait transmettre au Conseil ses conclusions pour " être ordonné ce que de droit."

" On voit ici, dit M. de Bellefeuille, qu'il s'agissait d'une question ma- " trimoniale, qui fut d'abord portée devant le tribunal de l'évêque, lequel " avait prononcé en première, instance un décret défendant à Saint Fort " de contracter mariage, probablement à cause d'un empêchement diri- " mant qui se trouvait en sa personne. Cette procédure était parfaitement " conforme aux lois françaises qui déféraient exclusivement aux juges " d'Eglise la connaissance des causes matrimoniales, sauf toujours l'appel " comme d'abus."

" Le Conseil Supérienr, dans cet appel comme d'abus, condamna aux " dépens le promoteur, qui avait fait défaut le 3 Juillet 1713. Voici la " teneur de cette condamnation :

" Défaut à Jacques Sivre dit Saint Fort, demeurant en cette ville, De- " mandeur en requête, présent en personne contre Messire Philippe Bou- " cher, prêtre curé de la Paroisse de St. Joseph, et promoteur de l'officia- " lité de cette ville, Défaillant ; faute d'être comparu, ni personne pour " lui à l'assignation à lui donnée le 9 Mars dernier, et exploit d'ave-

vegarde de notre autonomie nationale, ces résultats se présentent d'eux-mêmes.

33. Heureusement le principe contraire avait prévalu et sous la sanction du droit canonique et sous l'autorité d'un siècle d'usage, il était en vigueur lors de la Codification. C'est dire que le mariage Catholique avec les caractères qui lui sont propres, était reconnu par la loi Bas-Canadienne.

Le mariage des autres croyances religieuses du pays l'était-il également ? C'est ce que nous allons voir en parlant d'abord du mariage anglican.

Au commencement du seizième siècle, tous les peuples chrétiens reconnaissaient l'autorité du droit canonique qui formait le Code matrimonial de l'Europe. Le mariage relevait essentiellement de l'Eglise qui, par ses tribunaux établis dans chaque pays, sous le nom de Cours spirituelles, Cours Ecclésiastiques, Officialités et Consistoires, exerçait une juridiction contentieuse dans les causes matrimoniales. L'Angleterre qui était un des pays où le droit ecclésiastique avait poussé les

" nir du premier de ce mois. Echéant ce jour, et soit signifié. Et le dit
" Défaillant condamné aux dépens du présent défaut.

Le 12 Juin 1741, le Conseil Supérieur rend un arrêt qui annule les mariages des mineurs sans le consentement de leurs parents.

Edits et Ordonnances, II, pag. 204.

On voit par cet arrêt que le Conseil Supérieur à l'instar des Parlements de France et notamment du Parlement de Paris, rendait des arrêts de règlements, ce qui est abondamment prouvé par une foule d'arrêts semblables, mais la partie remarquable de celui-ci, c'est que le Conseil déclare l'invalidité des mariages des mineurs, par défaut du consentement des parents, ce que ne fit jamais le Parlement de Paris. La fameuse querelle de l'Intendant Dupuy avec le chapitre de Québec, au sujet des funérailles de Monseigneur St. Valier, mort le 26 Décembre 1727, fait voir l'autorité que réclamaient l'Intendant et le Conseil, de s'immiscer dans les affaires ecclésiastiques de la Colonie.

Enfin l'arrêt rendu le 12 Juin 1741, par le Conseil Supérieur sur un appel comme d'abus, prononçant la nullité du mariage du fils mineur de la dame de Rouville avec la fille du lieutenant de Leigné, pour rapt de séduction (*rapt de séduction commis par une fille sur un garçon* !) complète l'avancé fait dans le texte, au sujet des maximes gallicanes dans la Colonie.

On pourrait multiplier les citations sur ce sujet.

racines les plus profondes, avait aussi les siens, qu'elle a conservés jusqu'à nos jours, bien que dépouillés d'une partie de leur compétence sur le mariage.

Pour battre en brèche la doctrine catholique, Luther commença par nier quatre des sacrements, et parmi ceux-là se trouva le mariage, qu'il réduisit aux proportions d'un simple contrat naturel et civil, sur lesquels les novateurs accordèrent la compétence à l'Etat, quand ils ne se l'arrogèrent pas. (1) Luther et Mélanchton n'eussent pu, sans mettre leur doctrine en contradiction avec eux-mêmes, reconnaître le caractère de sacrement au mariage, et en attribuer la connaissance au pouvoir civil. En cela ils se montrèrent plus logiques que les jurisconsultes et les parlementaires français des siècles suivants, qui persistèrent à le considérer comme sacrement et lui refusèrent un de ses attributs.

(1) " En 1539 il prit fantaisie à Philippe, landgrave de Hesse," dit Lucien " Brun, dans une conférence sur le mariage faite à la faculté catholique " de Droit à Lyon en 1876, " d'épouser Marguerite de Saal. Mais il y " avait un obstacle à ce désir : la femme de Philippe, Christine de Saxe, " était vivante. L'idée vint à ce prince de se faire autoriser à avoir deux " femmes, et, mû par un scrupule qui peut paraitre singulier, il voulut " une autorisation écrite de *ses théologiens*, qui lui permît la bigamie et " mît sa conscience en repos. Ses théologiens, c'étaient Martin Luther, " Philippe Mélanchton, Martin Bucer et cinq autres moins illustres doc- " teurs de la Réforme, dont le landgrave de Hesse était alors le principal " appui et le bras séculier.

" L'Eglise réformée avait, disait Luther, besoin de princes vertueux : " *paupercula et misera ecclesia, exigua et derelicta, indigens probis domi-* " *nis regentibus*...

" Le vertueux landgrave, qui voulait deux femmes, comprit ce qu'il pou- " vait attendre d'apôtres désintéressés, et il procéda vis-à-vis d'eux avec la " délicatesse d'un acheteur arrogant vis-à-vis d'un vendeur besogneux et " que les scrupules n'embarrassent pas.

" Il les consulta par écrit. Il leur exposa sa doctrine sur le mariage ; " leur déclara qu'il ne pouvait se contenter de Christine de Saxe, son " épouse... Il dit qu'il était depuis longtemps adonné à des fornications " adultères qui inquiétaient sa conscience ; que, les patriarches ayant eu " plusieurs femmes, il ne voyait pas pourquoi cette faveur lui serait refu- " sée. " Je ne veux pas, ajouta-t-il, demeurer plus longtemps dans les

34. L'on sait que les nouvelles doctrines ne firent pas d'abord de progrès considérables en France, et qu'en Angleterre elles rencontrèrent un adversaire redoutable, dans la personne de Henri VIII, qui dans son fameux traité des Sept Sacrements défendit la doctrine de l'Eglise contre les Réformateurs ; défense qui lui obtint du Pape Léon X, le titre de Défenseur de la Foi que portent encore les souverains Anglais. La conduite subséquente du monarque fit sans doute un triste contraste avec son livre. Il est cependant remarquable qu'au plus fort de sa révolte contre l'Eglise, il ne recusa jamais l'autorité de la puissance spirituelle dans les matières matrimoniales, et qu'après plusieurs années d'efforts infructueux auprès de la Cour Romaine, pour faire rompre son mariage avec Catherine d'Aragon, pour cause d'empêchement canonique, ce fut en définitive devant une Cour ecclésiastique de son royaume qu'il le fit annuler. Il est vrai que tout en sanctionnant le principe de la puissance spirituelle, il l'avait détournée de sa source, en l'enlevant au Chef de l'Eglise Romaine pour la faire découler de lui-même, comme chef et protecteur de l'Eglise d'Angleterre, mais il n'en avait pas moins reconnu l'autorité. Il est également

" lacets du démon, et je ne puis ni ne veux en sortir que par cette voie : " *Et alias absque hac viâ me præservare nec possum, nec volo.*"

" De mon côté, ajoutait-il, si Luther, Mélanchton et Bucer me donnent " le *conseil* que je leur demande et me mettent à même de vivre et de " mourir plus gaiement, *alacri animo*, pour la cause de l'Evangile, je ferai " tout ce qu'ils me demanderont, selon la religion et l'Evangile, soit qu'ils " me demandent les *biens des monastères*, soit qu'ils désirent avoir d'au- " tres choses..."

" Il était obligé, ajoutait-il enfin, si ce qu'il demandait lui était refusé, " de se retourner d'un autre côté moins agréable pour ceux à qui il " s'adressait, et de recourir à l'empereur, ennemi de la cause de la Ré- " forme, de qui, moyennant une grosse somme d'argent donnée à un mi- " nistre, il espérait tout obtenir...

" Ces considérations étaient bien faites pour toucher les pieux réforma- " teurs, et vous pourrez lire la consultation de Luther, qui finit, après " beaucoup d'exhortations à la vertu, par donner la permission demandée, " à la seule condition que le mariage serait secret. Il insistait sur la diffé- " rence qu'il y a entre établir une loi universelle et user de dispense en " un cas particulier. " Votre Altesse, lui disait-il, a donc dans cet écrit

digne de remarque que la compétence du droit canonique sur ce point, non plus que sur un grand nombre d'autres, ne fut jamais rejetée en Angleterre, où il est encore en vigueur, comme une des sources des lois du pays, bien que profondément modifié par l'abandon de la Foi Catholique et les changements de discipline.

35. " The Reformation did not extend to the English Ecclesiastical law which was allowed to stand untouched precisely as it had stood in the Catholic ages.—Macqueen, Law of Marriage and Divorce, page 31."

" The constitution of marriage in Scotland is governed by the principles of the ancient law of Europe, as that law existed prior to the decree of the Council of Trent; and it correspounds to the law of England, as the law of England Stood prior to the passing of Lord Hardwick's act.—Idem, page 18."

A la page 55, l'auteur s'exprime ainsi : " The Ecclesiastical Court never deviated from the canon law. They were bound to follow it.. They did so deploring the necessity, even when it worked mischeivous results."

Voyez aussi les remarques de Sir W. Scott dans Proctor et Proctor, Haggard, 2 Con. page 296 et celles du Dr. Lushington

" non-seulement l'approbation de nous tous, mais encore les réflexions que nous y avons faites." Suit une exhortation pressante de ne pas parler de tout cela à l'empereur catholique, " qui met l'adultère au nombre des moindres péchés, et de qui, la foi étant pareille à celle du pape et des Sarrasins, les plaisanteries sont à redouter" sur l'honnête projet du prince réformé.

" Puis le contrat de mariage est passé devant Me Balthazar, notaire à Rottembourg, le 4 mars 1540. Il est expliqué que : beaucoup de prédicateurs doctes, dévots, prudents et chrétiens ont conseillé à Son Altesse de mettre son âme et sa conscience en repos par un double mariage.

" Il était bon que cela fut authentique. On nous accuserait de calomnier la Réforme si cela n'était dit " par-devant notaire." Dieu, lui, aussi, prend quelquefois ses sûretés et veut des actes authentiques. Il faut lire le récit de cette aventure dans l'*Histoire des Variations* et entendre tomber, sur ces abominations, la verge vengeresse de la parole de Bossuet."

dans Phillips et Phillips, 1 Rob. Ecc. page 144 et Ruding vs. Smith, Con. Rep. vol. 1, page 216. (1)

36. C'est donc à ce droit, qu'avant la Réforme le mariage était soumis en Angleterre, comme dans les autres pays de l'Europe. La loi anglaise plus sévère même que celle de la plupart des nations du Continent, attribuait au seul mariage célébré *in facie ecclesiæ*, l'intégrité des effets du mariage et ne déclarait valable le mariage consensuel qu'à certains égards. L'auteur ci-haut cité qui fait autorité en Angleterre, Macqueen, s'exprime ainsi

(1) Voyez aussi Queen vs. Millis, 10 Cla. et 2 Fin. 534. Catherwood vs. Caslon. Mee et Wel. 261.

Dans Proctor vs. Proctor, Sir W. Scott présidant la Cour Consistoriale de Londres, s'est ainsi exprimé : " There can be no question that the legal " nature of the marriage contract in the Country has its entire root in the " ancient canon law of Europe ; not indeed since the Reformation, to the " full extent of that law, which considered it as an absolute sacrament ; " but to the extent of considering it in each case, as an act highly spirit- " ual, consecrated by divine authority and as such indissoluble by human " power, for any cause whatever." " Nothing short of an act of parlia- " ment can release the courts of this country from the binding authority " of the canon law," a-t-il ajouté dans la même cause.

A l'appui de sa sentence, l'éminent juge cite la Décrétale d'Alexandre III, *Tua Fraternitas*, Liv. 4. Tit. 4, cap. 4. Panorme et Lancelotte sur cette décrétale, et également la Décrétale du même Pape, *Significasti nobis*, L. IV, T. XIX, c. 4.

Dans la cause de Lindo vs. Belisario, 1 Con. Rep. pag. 216, le même Sir W. Scott s'est exprimé dans le même sens.

Dans la session de 1801, une demande de divorce *à Vinculo* fut faite à la Chambre des Lords, par une Madame Addison contre son mari, pour cause d'adultère incestueux, commis après le mariage, avec la sœur de la pétitionnaire. Comme aucun divorce n'avait été demandé jusque-là par une femme contre son mari, la Chambre semblait disposée à rejeter le bill, qu'elle accueillit cependant, à la suite d'un discours chaleureux prononcé en faveur de la mesure, par Lord Thurlow, dont la raison principale (et ce fut là le motif sur lequel les Lords, Lord Eldon, alors Chancelier, y compris, appuyèrent leur assentiment au bill), était que par son adultère avec la sœur de sa femme, le mari avait rendu illicite le rapprochement sexuel entre les époux. Comme cet empêchement d'affinité naturelle entre la femme et le mari produit par le commerce charnel du dernier avec la sœur de l'épouse, était inconnu au droit commun d'Angleterre, il est évident,

à ce sujet. " And herein lay the particularity of the old English " law, when viewed in contradistinction to the ancient conti- " nental law. By the general law of Europe, prior to the " Council of Trent, a consensual marriage was in all respects " absolutely perfect. By the law of England a consensual " marriage was good only for certain purposes. It did not " give the man the right of a hushand in respect to the wife's " property, nor impose on her the disabilities of coverture, " nor render her dowable, nor confer on the issue legitimity, " nor did it make the marriage of either of the parties (living " the other) with a third person void, thoug it did make it

quoique les rapports que font de ce débat dans la Chambre des Lords, Woodfall et Lord Campbell, dans sa Vie de Lord Thurlow, n'en disent rien, que son argument était emprunté au droit canon, et qu'il était notamment fondé sur le Décret de Gratien. *Qui dormierit. Causa* 32 *Quæst.* 7, *c.* 21, et sur la Décrétale *Si quis cum filiastrâ, de eo qui cogn. consangu, IV.* 13. 1.

Cette doctrine de Lord Thurlow, adoptée par la Chambre des Lords dans la cause de Madame Addison en 1801, fut également reconnue en 1805 par la même Chambre et en particulier par le Dr. Horsley (Evêque de St. Asaph) une autorité notable de l'époque, dans la cause de Madame Teush. Le même principe que l'adultère incestueux du mari avec une parente de la femme dans les degrés, qui empêcheraient le mari devenu veuf d'épouser cette parente, a été adopté par la commission à la tête de laquelle était Lord Campbell, nommée en 1850, pour faire une investigation sur la nature du divorce. Cette commission dont faisait partie le Dr. Lushington, recommande dans son rapport soumis au Parlement en 1853, de faire de l'inceste du mari sous les circonstances ci-haut, une cause de divorce en faveur de la femme. La loi établissant une cour de divorce en Angleterre, le statut 20, 21. Vict., c. 85, passé en 1857, a adopté cette suggestion, en décrétant que l'adultère du mari avec une personne, que s'il eut été veuf, à l'époque de son commerce charnel, il n'aurait pu épouser, à raison de parenté ou d'affinité dans les degrés prohibés, attribuerait à la femme le droit de demander un divorce.

Pourrait-on trouver un exemple plus profond de l'incarnation du droit canon dans le droit matrimonial de l'Angleterre ?

Il est toutefois digne de remarque que Lord Thurlow et ceux qui ont acquiescé à sa doctrine et l'ont mise en pratique, ont donné une fausse interprétation aux décrétales suscitées, ce que nous ferons voir quand il sera question de l'empêchement d'affinité.

" voidable. Nevertheless consensual marriages in England
" were indissoluble. The parties could not release each other
" and either could compel solennisation in *in facie ecclesiæ.*
" The contract was so much a marriage, so completely
" *verum matrimonium*, that cohabitation before solemnization
" was regarded as fornication, but solely as an ecclesiastical
" contempt. An act of infidelity was an act of adultery, and
" if either party intered into a second marriage, although in
" the most regular manner, it might be set aside, even after
" cohabitation and after the birth of children, and the parties
" might be compelled to solemnize the first marriage *in facie*
" *Ecclesiæ.* page 7 (1)

Après la Réforme, le même droit modifié par le Statut Impérial, connu sous le nom de "Marriage act" continua à régir le mariage, qui, sous peine de nullité, dut être pour toutes les croyances religieuses, anglicans comme dissidents, célébré par un clerc ou une personne ecclésiastique (clergyman) ordonné par l'Evêque. Cette nécessité de l'ordination dont doit être revêtue la personne qui célèbre le mariage est d'après la doctrine de l'Eglise Anglicane, on ne peut plus formelle et plus absolue ; mais elle n'est pas non plus exclusive de l'ordi-

(1) Bracton qui écrivait sous Henri VI, dans son quatrième volume, sous la rubrique, *De actione legis,* s'exprime ainsi en latin, qui était l'idiome familier aux savants et aux jurisconsultes de l'époque : *Ideo de matrimonio videndum de quo sequitur dotis exactio. Et ad hoc sciendum quod habet quis legitimam concubinam at ex eâ prolem in concubinatu, et postmodum contrahit cum eâdem clandestinum matrimonium et post contractum clandestinum suscitat ab eâ prolem. Item postmodum contrahit cum eâdem pubtice in facie ecclesiæ et dotat eam ad ostium ecclesiæ. In hoc casu erit ille legitimus qui ex clandestino matrimonio natus fuerit dum tamen hoc probetur et hæreditatem oblinebit. Et ille qui post solemnitatem progenitus fuerit quamvis legitimus not erit heres propinquior quoad successionem, sed mulier propter solemnitatem et dotis constitutionem in facie ecclesiæ dotem oblinebit.*"

Plus loin l'auteur ajoute : *In clandestino matrimonio nunquam dotem consequetur.*

In England a consensual marriage was good only for certain purposes.
Bla. Com., c. 18, p. 439.

nation reçue en dehors de l'Eglise établie ; des arrêts ont jugé en faveur de la validité des mariages protestants même célébrés par des prêtres ordonnés par l'Eglise Romaine.

37. On trouve à ce sujet dans les State Trials, vol. 14, p. 133 et 134, un précédent qui a fait autorité en Angleterre. C'est celui d'un personnage fameux par ses excentricités, connu à la Cour de la Reine Anne, sous le nom du Beau Fielding. Voulant refaire par un riche mariage, les brèches faites à sa fortune, le Beau Fielding avait formé des projets sur une certaine veuve de Londres, du nom de Deleau qu'il n'avait jamais vue, mais dont il connaissait la fortune, au moyen du testament du mari, qu'il s'était procuré secrètement. La veuve qu'il ne vit pas davantage plus tard, ne tint pas compte des nombreuses lettres qu'il lui fit tenir par une émissaire, qui, ayant pour son compte, à se venger de quelque offense reçue du Beau, le persuada du contraire, et aposta une femme de mauvaise vie, nommée Mary Wadsworth, laquelle sous le nom de la veuve, se rendit au lieu désigné pour la célébration du mariage. On fit venir un prêtre catholique attaché à l'ambassade Espagnole, qui maria le Beau avec la prétendue veuve. Quelques semaines après ce mariage clandestin, le Beau Fielding, contracta un mariage régulier et en forme avec la Duchesse de Cleveland, l'ancienne favorite de Charles II. Cependant bientôt fatiguée de cet étrange mari, la Duchesse ne trouva rien de mieux pour s'en délivrer, que de le faire mettre en jugement pour bigamie, à cause de son premier mariage avec la veuve, encore vivante lors du second.

Il subit son procès, fut trouvé coupable, et plaida le bénéfice du clergé. Il eut été marqué d'un fer chaud à la main, châtiment alors décrété pour le crime de bigamie, mitigé par le bénéfice du clergé, si la Reine Anne ne lui eût accordé son pardon.

Subséquemment son mariage avec la Duchesse de Cleveland fut cassé par une Cour Ecclésiastique. (1)

Rien mieux que ce précédent ne fait voir l'importance

(1) La Cour des arches de Cantorbery.

attachée dans les cours spirituelles et temporelles, en Angleterre, au mariage célébré par un clerc ordonné, qu'il appartint à la dénomination protestante ou à la croyance catholique.

38. Sous le rapport du mariage, comme sous les autres, le droit canonique a cependant subi en ce pays, de graves altérations. Par un statut passé en 1533 dans la vingt-cinquième année de son règne, Henri VIII réduisit l'empêchement provenant de la parenté et de l'affinité, aux degrés prohibés par le Lévitique, ou *par la loi de Dieu*, " by God's laws " suivant le texte de la loi, avec abolition de dispense dans ces degrés et faculté absolue de le contracter dans les degrés plus éloignés. En sécularisant les ordres religieux, le même monarque abolit implicitement l'empêchement provenant des vœux monastiques, et la suppression du célibat des prêtres opérée dans les règnes suivants, fit disparaître l'empêchement de l'ordre. L'empêchement de la disparité du culte ne pouvait subsister avec le nouvel ordre de choses. Les empêchements de clandestinité et de rapt de violence créés par le Concile de Trente n'y furent jamais en force, et l'empêchement *d'honnêteté publique*, soit qu'il ait été aboli ou non, par le statut impérial 26 George II chap. 33, y tomba en désuétude ; de sorte qu'en 1763, l'époque de la Cession du Canada à l'Angleterre, les seuls empêchements de droit commun ou de droit canonique qui fussent en force dans ce dernier pays, étaient les empêchements provenant de défaut d'âge, de l'impuissance, du défaut de consentement, d'un mariage préexistant, et de la parenté ou de l'affinité dans les degrés prohibés par le Lévitique. Le droit commun alors en vigueur, qui regardait comme il vient d'être dit, le mariage comme étant soumis au droit canonique et aux tribunaux ecclésiastiques, et qui avait contrairement à la doctrine catholique, concentré la suprématie spirituelle dans le souverain, admettant que celui-ci, en sa qualité de chef de la Religion, avait juridiction compétente sur les lois qui régissent l'union des époux, requérait pour sa validité, la célébration par un clerc ordonné par l'Evêque.

39. En vertu de la maxime que, dans un pays civilisé, conquis ou cédé, les lois du pays régissent les sujets britanniques

qui viennent s'y établir, de même que les anciens habitants du pays, jusqu'à la promulgation de lois nouvelles, moins cependant celles qui touchent à leur religion (1), (et les lois de mariage sont de ce nombre,) le mariage des protestants qui vinrent se fixer en Canada, après la Cession du pays à la Grande-Bretagne, fut soumis aux lois d'Angleterre. La source de ces lois était la même que celle des lois propres aux habitants du pays devenus sujets anglais, mais elles avaient été modifiées pour les anciens sujets, pendant qu'elles étaient restées dans leur intégrité pour les nouveaux. Cependant d'après les principes du droit canonique, commun aux deux populations catholique et protestante, la connaissance des causes matrimoniales appartenait aux tribunaux ecclésiastiques. Le gouvernement d'Angleterre n'érigea pas de Cours spirituelles dans la Colonie et les officialités avaient disparu avec l'ancien régime. De là une lacune dans l'administration des lois du mariage qui devenaient du ressort des tribunaux civils. Cette juridiction s'établit sans inconvénients appréciables, il est vrai, pour les protestants. Reconnaissant, comme nous l'avons déjà dit, la suprématie spirituelle du roi dans les choses religieuses, ils en sont venus par voie de conséquence, à attribuer au pouvoir civil une vraie compétence sur le lien conjugal, qui n'est plus pour eux un sacrement et les cours spirituelles ne sont plus aujourd'hui qu'une institution surannée dont ils se sont débarrassés en grande partie. Mais il n'en fut pas ainsi pour les catholiques, qui, sans blesser leur croyance ne pouvant s'adresser aux tribunaux civils jugés par eux incompétents dans les causes matrimoniales, non plus qu'aux officialités qui n'existaient plus, durent alors ainsi que l'enseignent les canons, s'adresser à la juridiction gracieuse ou volontaire des Evêques, par des recours extra-judiciaires.

40. Sous le nouveau régime, le mariage des catholiques continua à se célébrer par leurs prêtres comme il l'avait été sous l'ancien, sans plus rompre avec les traditions du passé sous ce rapport, que sous les autres rapports religieux protégés par les

(1) Howard—The laws in the British Colonies. Introduction X.

traités et la Constitution. La célébration du mariage des catholiques suivit donc son cours ordinaire et ne fut exposée à aucun froissement. Il n'en fut pas ainsi pour tous les protestants. La loi Anglaise ne reconnaissant comme vraie Religion que la Religion d'Etat, celle dont le souverain est chef et protecteur, et de vraie Eglise que l'Eglise établie, c'est-à-dire l'Eglise d'Angleterre et celles qui sont en communion avec elle, ne regardait comme valide, que le mariage célébré par un clerc ordonné. Cette Eglise prétendant conserver la hiérarchie ecclésiastique et l'Episcopat avec son caractère de perpétuité et son pouvoir d'ordination, il était naturel que le seul prêtre ordonné par l'Evêque, suivant les règles de cette hiérarchie et tenant ses pouvoirs du chef même de l'Eglise, c'est-à-dire du monarque anglais, put en exercer la juridiction et en dispenser les cérémonies. Mais il n'en était pas ainsi pour les dissidents séparés de l'Eglise établie, lesquels ne reconnaissant pas la hiérarchie, et d'ordre plus élevé dans l'Eglise que celui du prêtre, regardaient comme une atteinte à leur liberté religieuse, l'obligation de célébrer leurs mariages devant d'autres ministres que les leurs. Ils n'avaient, en Angleterre, subi qu'à regret le joug de lois qu'ils considéraient comme injustes.

41. Ni la loi anglaise, ni la loi française ne reconnaissaient donc, aux ministres dissidents le droit de célébrer le mariage en Canada. Quoique les ministres de l'Eglise unie d'Angleterre et d'Irlande et ceux de l'Eglise d'Ecosse, eussent clairement ce droit, d'après la loi Anglaise, un statut Provincial passé en 1795 (1) pour uniformiser la tenue des statuts des Régistres de l'Etat-civil a cependant jugé à propos de le leur confirmer. Il s'écoula depuis cette loi un intervalle de trente-quatre ans, sans que la Législature ait accordé le même droit aux dissidents. En 1829 une loi fut passée pour autoriser les Rabbins à célébrer le mariage des Juifs ; (2) la même autorité fut donnée la même année aux ministres méthodistes Wesleyans, (3) et depuis cette époque les différentes Eglises ou

(1) 35 G. III, c. 4.

(2) 9 G. IV, c. 75.

(3) Même statut et 13 et 14 Vict., c. 47.

Congrégations de dissidents habitant le Bas-Canada, par une succession de lois faites par les différents corps législatifs, sous les diverses Constitutions qui se sont succédées, obtinrent le même privilége. En 1860 les Quakers reçurent la faculté de se marier suivant leurs usages et un grand nombre d'autres statuts furent passés, pour confirmer les mariages des différentes dénominations de protestants, pour le temps écoulé avant les lois que nous venons de citer. Des mariages célébrés par des juges de Paix furent également confirmés par dispositions législatives. (1) On doit sur le tout, conclure que la Législature a eu l'intention d'accorder, quand elle ne l'a pas fait expressément, aux dissidents, aux Juifs et aux Quakers, la même faculté de célébrer leur mariage, suivant leurs rites, que celle dont jouissent les catholiques et les membres de l'Eglise Unie d'Angleterre et d'Irlande et celle d'Ecosse.

Cette tolérance législative n'a rien qui doive surprendre, chez une nation qui professe la liberté des cultes, comme une maxime de droit public et qui regarde la liberté de conscience, comme la sauvegarde de sa liberté politique.

Il suit de cet exposé, que le mariage catholique, avec ses conditions de validité et de durée prescrites par le droit canonique et avec son attribut propre, de n'être soumis sous le triple rapport du lien, des fiançailles et de la cohabitation, qu'à la puissance spirituelle de l'Eglise Romaine, était parfaitement reconnu par la loi du Bas-Canada à l'époque de la codification : qu'il en était ainsi du mariage anglican, avec son caractère également propre de n'être célébré validement que par un mi-

(1) 7 G. IV, c. 2, s. 2, *confirmant les mariages célébrés par des ministres e l'Eglise d'Ecosse.*

44 G. III, c. 11, *confirmant les mariages célébrés par divers ministres du culte, et par des juges de paix.*

1 G. IV, c. 19, *confirmant certains mariages dans le district de Gaspé.*

5 G. IV, c. 25, *confirmant certains mariages célébrés dans le district de St. François.*

2 Guil. IV, c. 51, *confirmant certaines entrées faites dans les Régistres à Gaspé.*

18 V. c. 245, *confirmant les mariages célébrés par un nommé W. McWattie.*

nistre ordonné canoniquement suivant les lois de l'Eglise établie, c.-à-d. ordonné par un Evêque soumis à la puissance spirituelle du Roi d'Angleterre, mais aussi avec soumission à la puissance civile pour ses autres conditions de validité et de durée ; et que le mariage des dissidents, des Juifs et des Quakers, contracté suivant les lois de leurs Eglises respectives, mais à la condition expresse d'être célébré, pour les dissidents et pour les Juifs, par un ministre ou Rabbin, et pour les Quakers suivant leurs rites et leurs usages, jouissait de la même faveur que le mariage catholique et le mariage anglican.

N'oublions pas ces distinctions qui sont fondamentales et que l'on pourrait appeler les pierres d'assise du présent Titre. Nous nous en servirons pour découvrir la pensée du Code restée assez confuse dans le texte, sur leur perpétuation, quoique rendue plus clairement par les Rapports des Codificateurs, dont nous nous autoriserons également dans l'interprétation que nous en donnerons.

Ayant à codifier les lois d'un pays dont les institutions sont empreintes du sentiment religieux, les Rédacteurs du Code Canadien ne pouvaient pas, sans trahir leur mission, suivre l'exemple des Rédacteurs du Code Français et civiliser le mariage. Ils devaient lui conserver son caractère religieux pour tous les cultes, catholique, protestant, et juif. Ils ne pouvaient pas non plus, sans violer la liberté des cultes et violenter les consciences, le soumettre à la même loi ou faire une loi générale sur le mariage. Ils durent donc n'innover en rien, et conserver au mariage de chaque croyance religieuse, les conditions identiques de forme et de validité qu'il avait par la loi ancienne, les usages et les coutumes en force. "Dans la " vue," disent les Rédacteurs dans leur premier Rapport sur le présent Titre, de " conserver à chacun la jouissance de ses " usages et pratiques, suivant lesquels la célébration du " mariage est confiée aux ministres du culte auquel il appar- " tient, sont insérées dans ce livre, plusieurs dispositions qui, " quoique nouvelles quant à leur forme, ont cependant leur " source et leurs raisons d'être dans l'esprit sinon dans la lettre " de notre législation."

Dans leur Rapport supplémentaire sur le même titre, ils ajoutent qu'ils ont modifié l'article du projet qui est aujourd'hui l'article 127 du code, " pour éviter tout doute sur leur " intention de laisser le sujet dans l'état où il était avant le " code."

43. Pour mettre à effet cette intention, deux plans distincts s'offraient à leur choix : énoncer dans une loi particulière à chaque culte, sa doctrine et sa discipline sur le mariage, ou conserver par une disposition générale les lois et les usages en force, et laisser à la doctrine et aux tribunaux le soin de les rechercher dans les livres, les traditions légales et les coutumes. Le premier plan aurait été plus satisfaisant et aurait produit une œuvre plus complète ; mais il aurait surchargé la rédaction de longueurs incompatibles avec le laconisme d'un Code et d'une masse de détails et de questions incidentes. Le second parti a donc été arrêté.

44. Cette double résolution de conserver au mariage son caractère religieux et d'en soumettre la validité aux lois et aux usages de chaque Eglise, n'est cependant pas l'objet d'une disposition expresse, écrite dans le texte ; mais elle résulte de l'ensemble du titre, et s'infère rigoureusement de l'article 127 qui conserve tous les empêchements propres aux diverses églises et sociétés religieuses, et des articles 128 et 129.

En proclamant par l'article 128 : " que le mariage doit être " célébré publiquement devant un fonctionnaire reconnu par " la loi " et par l'article 129 : " que sont compétents à célébrer " les mariages, tous les prêtres, curés, ministres et autres fonc- " tionnaires autorisés par la loi à tenir des registres de l'état " civil, " il devient évident, comme il n'y a de fonctionnaires autorisés par la loi à tenir les registres de l'état civil, que ces mêmes prêtres, curés et ministres, comme nous l'avons vu sur l'article 44, (*une personne ecclésiastique*, avons-nous dit,) que le Code ne reconnait de mariage valable que celui qui est célébré religieusement. Y eût-il du doute sur le sens rigoureux de ces deux articles, qu'il disparaîtrait devant l'article 130 qui ordonne la publication des bans dans l'église à laquelle appartiennent les époux.

Les personnes ecclésiastiques seules, (y compris les Rabbins qui ne sont pas personnes ecclésiastiques, mais qui ont le même pouvoir que les ecclésiastiques à ce sujet, comme nous l'avons dit plus haut), ont donc le pouvoir de célébrer le mariage, mais ce pouvoir ne s'applique qu'au mariage de leurs coréligionnaires. Chacun de ces coréligionnaires doit se marier devant le curé de sa paroisse ou le ministre du culte de sa localité, et pour être valide, ce mariage doit être célébré de la manière voulue et suivant les usages prescrits par l'Eglise de ceux qui le contractent.

La nécessité de célébrer le mariage devant leur propre curé ou desservant institué canoniquement, ne peut être douteuse pour les catholiques du Bas-Canada où le décret *Tametsi* a été publié, (1) et qui hors de cette présence ne peuvent, dans leur pays, contracter un mariage valide. Mais en dehors de cette nécessité imposée aux catholiques par le Concile de Trente, le Code ordonne aussi bien pour eux, que pour les anglicans et les autres sectes religieuses, la célébration du mariage, quand il est contracté dans le Bas-Canada, devant leur propre curé ou le ministre du culte chargé de l'administration ou desserte de leur propre Eglise ou congrégation locale. Ce qui se prouve comme suit :

45. Nous avons vu, sur l'article 42, que des registres de l'Etat civil sont tenus pour chaque Eglise paroissiale catholique et pour chaque église protestante, congrégation ou autre société religieuse ; et sur l'article 54, nous avons démontré, que les prêtres ou ministres du culte ne peuvent tenir de registres que pour leurs paroissiens. Ce que nous avons dit par rapport au baptême et à l'acte de naissance, que les étrangers au culte du fonctionnaire et même à la paroisse ne pouvaient le forcer à administrer et à dresser, s'applique au mariage. Nous avons ajouté, que s'il en était autrement, les prêtres catholiques pourraient tenir les registres de l'Etat civil pour les protestants et réciproquement les protestants pour les catholiques. Il n'y

(1) Il est à remarquer que dans les lieux où le décret *Tametsi* n'a pas été publié, il n'est pas en force, et que le mariage consensuel, autrement dit clandestin, y est valide, comme il l'était avant le Concile de Trente.

aurait pas, en principe, la même objection à faire tenir les registres catholiques par tous les prêtres catholiques, et les registres protestants par tous les ministres protestants, sans égard aux circonscriptions paroissiales, et à faire indistinctement administrer le baptême aux Catholiques, par tout prêtre catholique, et aux protestants par tout ministre protestant, quelque fût le lieu de la juridiction du baptisant et de la naissance du baptisé. Ce que l'on dit du baptême, on peut en dehors de la règle canonique qui force les conjoints catholiques à se marier devant leur propre curé, et les anglicans devant un clerc ordonné de leur localité, le dire également du mariage.

46. Le Code ne l'a pourtant pas voulu ainsi. Ayant décrété, au titre de l'Etat civil, que le fonctionnaire de l'Etat civil ne peut tenir de registres que pour les membres de sa paroisse, de son Eglise et de sa congrégation ; en ajoutant au titre du mariage (art. 129) que ce sont les fonctionnaires de l'Etat civil qui sont compétents à célébrer le mariage, il s'ensuit que pour être compétent à célébrer un mariage, il faut être compétent à tenir les registres de l'Etat civil de celui qui se marie ; c'est-à-dire que le Code n'a pas voulu désunir le mariage de l'acte qui le constate ; le faire célébrer par un fonctionnaire et en faire dresser l'acte par un autre, comme il ne l'a pas voulu davantage pour le baptême. Ainsi donc, tous les mariages doivent, pour éviter la clandestinité légale, se faire devant les curés et ministres du culte des parties, et tous, catholiques comme protestants, anglicans comme dissidents, juifs et quakers, doivent se marier devant les fonctionnaires de leur état civil, c'est-à-dire le ministre de leur culte. Toute autre règle briserait l'harmonie des lois de l'Etat civil et jetterait dans l célébration du mariage, une confusion fâcheuse.

47. Le Code a donc non-seulement voulu, que les mariages fussent célébrés devant les ministres du culte des parties, mais encore devant les ministres de leur propre localité.

En imposant aux fonctionnaires de l'Etat civil, l'obligation de célébrer le mariage de leurs paroissiens, ou des membres

de leur Eglise ou congrégation, le Code n'a pas voulu enlever la célébration de ce mariage aux lois religieuses de chacun, de façon à faire méconnaître des empêchements existants ou en faire reconnaître de nouveaux. En d'autres mots, il n'a pas voulu soustraire le mariage à l'autorité qui, d'après les lois et usages de chaque Eglise, doit juger de sa validité. C'est ce qui résulte de l'article 129 qui ajoute: " qu'aucun fonctionnaire " ne peut être contraint à célébrer un mariage, contre lequel il " existe quelque empêchement, d'après les doctrines et croyances " de sa religion et la discipline de l'Eglise à laquelle il appar- " tient."

48. Cette disposition couchée en peu de mots, est grosse de signification et révèle le reste de la pensée du Code, à l'égard du caractère religieux qu'il a reconnu au mariage.

En laissant le célébrant juge des empêchements ou des conditions de validité du mariage, le Code le soumet évidemment aux lois de chaque Eglise. Si ce fonctionnaire ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe des empêchements d'après les croyances de sa religion et de la discipline de son Eglise, il s'ensuit que la loi qu'il doit consulter pour juger de l'éxistence de cet empêche ment, est la loi et la discipline de cette église. Si d'après cette loi et cette discipline, nul empêchement n'existe, il doit célébrer le mariage. Cependant, avant de consulter et de mettre à exécution une loi, il faut d'abord savoir si elle est en force, et comme nulle loi ne peut avoir de vigueur, qu'en autant qu'elle est l'œuvre d'une autorité compétente, le fonctionnaire doit d'abord rechercher quelle est l'autorité qui a le pouvoir de législation dans son Eglise et le droit d'imposer des empêchements de mariage.

49. Le prêtre catholique trouvera que c'est la puissance ecclésiastique seule, d'après les doctrines de sa croyance, et il ne considérera comme valables, que les empêchements portés par les lois canoniques, et interprétés par l'Eglise, soit que ces lois émanent directement de la puissance ecclésiastique, soit qu'ayant été originairement décrétées par la puissance civile,

elles aient été ensuite adoptées par l'Eglise. (1) Le ministre protestant, au contraire, cherchera aussi bien dans les lois civiles, que dans les lois ecclésiastiques, les empêchements de son Eglise ; car le Protestantisme reconnaît la compétence de la puissance temporelle, aussi bien que celle de la puissance spirituelle sur le lien du mariage. Le Rabbin chargé de célébrer le mariage Juif, prendra les lois de Moïse pour guide de son investigation, dans le cas même ou le droit civil contiendrait une disposition contraire ; car d'après la doctrine du judaïsme, nulle loi civile contraire aux lois bibliques ne l'oblige. Mais en dehors de cette loi, il se conformera aux lois civiles. (2) Comme exemple de cette distinction, malgré que l'article 125 prohibe le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, comme la loi du lévirat, telle que modifiée par le Deutéronome, faisait sous ce rapport une exception aux prohibitions du Lévitique, le frère est obligé d'épouser la veuve de son frère mort

(1) Nous verrons dans le cours de ce traité, où le droit civil et le droit canon marchent de conserve et se prêtent un mutuel appui, que la distribution du corps du droit canon *corpus juris canonici* a été calquée sur le corps du droit civil *corpus juris civilis.* C'est alors que nous verrons comment les lois civiles ont pu devenir des lois ecclésiastiques, de deux manières, 1o. par l'adoption expresse de quelques lois particulières, en vertu du mode connu sous le nom de *canonisation,* c'est-à-dire de l'inscription de ces lois au canon des lois ecclésiastiques ; 2o. En vertu d'une loi ecclésiastique déclarant, que dans le cas où certaine partie du droit civil ne répugne pas au droit ecclésiastique, il en fera partie.

C'est de l'une de ces deux manières, qu'une partie de la Législation de Justinien s'est introduite devant les tribunaux ecclésiastiques. D'un autre côté, une partie notable du droit canonique s'est introduite dans le droit civil, et dans la jurisprudence de ses tribunaux ; soit en vertu de lois spéciales ou de lois générales, aussi bien que par l'usage, qui n'est pas non plus resté étranger aux tribunaux ecclésiastiques.

(2) Nous développerons nos preuves sur ce point, quand il sera question des *mariages étrangers* et de la loi qui les régit.

sans postérité, *ad suscitandum semen fratris*, suivant cette loi qui est encore en force parmi plusieurs sectes judaïques. (1)

50. Les conséquences de ce qui précède sont donc, que le Code reconnaît le caractère religieux du mariage, avec non-seulement liberté, mais obligation pour chacun de le contracter suivant les lois de son église ; qu'il reconnaît le mariage des catholiques comme sacrement, parceque le catholicisme le reconnaît ainsi ; qu'il sanctionne tous les empêchements et toutes les dispositions du droit canonique et en particulier la doctrine, suivant laquelle l'Eglise a seule le droit de législation sur le lien et que partant il n'a entendu le soumettre, sous le rapport du lien conjugal, à aucun empêchement dirimant en dehors de ceux qu'elle a reconnus ; que s'il en a établi

(1) Lévitique, chap. 18, v. 16. " Vous ne découvrirez pas ce qui doit " être caché dans la femme de votre frère, parce que c'est la chair de " votre frère."

Deutéronome, chap. 25, v. 5. " Lorsque deux frères demeurent ensemble " et que l'un d'eux sera mort sans enfants, la femme du mort n'en épou- " sera point d'autre que le frère de son mari, qui la prendra pour femme, " et suscitera des enfants à son frère ; "

6. " et il donnera le nom de son frère à l'aîné des fils qu'il aura d'elle, " afin que le nom de son frère ne se perde point dans Israël."

7. " S'il ne veut pas épouser la femme de son frère, qui lui est due selon " la loi, cette femme ira à la porte de la ville, et elle s'adressera aux an- " ciens et leur dira : le frère de mon mari ne veut pas susciter dans Israël " le nom de son frère ni me prendre pour sa femme ; "

8. " et aussitôt ils le feront appeler, et ils l'interrogeront. S'il répond : " Je ne veux point épouser cette femme-là ; "

9. " la femme s'approchera de lui devant les anciens, lui ôtera son sou- " lier du pied * et lui crachera au visage, en disant : C'est ainsi que sera " traité celui qui ne veut pas établir la maison de son frère ; "

10. " Et sa maison sera appelée dans Israël, la maison du déchaussé ; "

V. 9, c'est-à-dire, comme pour le punir de ce qu'il ne veut pas mettre le pied dans la maison de son frère.

Nota. L'auteur est informé par des autorités dignes de foi, que cette loi du Deutéronome est encore en vigueur parmi les sectes judaïques, dans toute sa simplicité première ; seulement que ce n'est plus à la porte de la ville, que la belle-sœur *déchausse* le beau-frère qui ne veut point l'épouser *et susciter des enfants à son frère,* mais que c'est dans la synagogue que cette cérémonie a lieu, et que se prononcent les imprécations contre le *déchaussé.*

d'autres, il entend limiter leur opération aux effets civils du mariage ; que pour les croyances protestantes qui admettent la compétence du pouvoir civil, mais qui reconnaissent des dictinctions dans la forme de célébration du mariage et dans la compétence du célébrant, il a conservé ces distinctions, et que les autres empêchements qu'il a reconnus, s'appliquent tant au lien du mariage, qu'à ses effets civils ; que le mariage des juifs est soumis à leurs lois et aux usages de la synagogue, mais qu'à part les cas prévus par cette loi et ces usages, il est sous les deux rapports, religieux et civil, soumis à la loi du Code.

Pour ce qui est du mariage purement consensuel, en ordonnant la célébration du mariage devant l'autorité religieuse, le Code l'a prohibé.

Ayant établi, comme maxime fondamentale de sa législation, que le mariage contracté religieusement et suivant les lois faites et approuvées par l'Eglise des conjoints, est seul valable, le Code le traite ensuite comme contrat civil, mais non comme mariage civil ; et c'est en cela que la législation du Bas-Canada diffère essentiellement de la législation actuelle de la France.

51. Sous l'ancienne législation, le mariage était organisé religieusement, tant sous le rapport de sa formation, que de la durée *du lien*, c'est-à-dire qu'il était soumis au droit canon, et qu'étant contracté en face de l'Eglise, c'est devant les Cours Ecclésiastiques que devaient se juger les causes matrimoniales.

Sous l'ancien régime, la Religion d'Etat en France était le Catholicisme, et la maxime de droit public était, que nul mariage célébré ailleurs que devant un prêtre catholique, n'était valable. Il y eut exception à cette règle, depuis l'Edit de Nantes donné par Henri IV, (1) jusqu'à sa révocation par Louis XIV, en octobre 1685, pendant lequel intervalle, les protestants purent faire célébrer leurs mariages par leurs ministres. En 1698, la loi ancienne reprit son empire, et

(1) En avril 1598.

jusqu'à Louis XVI, qui, le 28 novembre 1787, fit une loi pour permettre le mariage des protestants dans leurs Consistoires, le mariage protestant y fut rigoureusement prohibé, même sous des peines sévères. Vint la Révolution de 1789, qui fit table rase des institutions anciennes et avec elles, du mariage religieux, par une loi du 20 septembre 1792, qui confia la célébration du mariage à l'officier civil.

Non-seulement le mariage en face d'Eglise et devant un prêtre catholique, ne fut plus prescrit par cette loi, mais il en fut proscrit, et on le remplaça par le mariage devant l'officier civil, ordonné à peine de nullité de l'union conjugale et de concubinage. Le mariage en face d'Eglise déclaré indifférent, fut laissé facultatif aux conjoints, mais on ne lui reconnut aucun effet civil et il dut être précédé du mariage civil pour opérer le lien.

52. La loi du Code Napoléon a imité cet ostracisme de l'élément religieux dans le mariage et a ordonné, comme seul valide, le mariage civil célébré devant le maire de la municipalité. Le projet du Code dressé par la Commission et discuté au conseil d'Etat, préalablement à son adoption par le Corps législatif, contenait l'article suivant : " La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils " mais il fut rejeté comme inutile, par le conseil d'Etat lors de la Rédaction définitive du Titre du Mariage. Une loi du Code pénal punit même d'une peine extraordinaire, le prêtre qui célèbre religieusement un mariage, non précédé de la célébration civile, comme nous l'avons vu (1) plus haut. Le mariage organisé sur ce principe, l'a été comme tous les autres contrats, et le Code a déterminé lui-même les conditions de sa formation et de sa dissolubilité pour causes déterminées, devant les tribunaux ordinaires, sans égard aux lois antécédentes et au droit canonique banni de la Législation Napoléonienne.

Comme on le voit les points de départ et d'arrivée des deux Codes, sont totalement opposés l'un à l'autre, puisque le Code Canadien place l'origine du mariage dans le droit Ecclésias-

(1) No. 7, note 1.

tique et en proclame l'indissolubilité. Ils se rencontrent pourtant en chemin et sur plusieurs points de fond et de forme, car, comme le Code Français, le Code Canadien après avoir établi d'après les lois religieuses, la validité et le caractère de durée du mariage, le traite ensuite comme contrat civil, et d'après la loi organique de la Codification, il a emprunté l'ordre du titre et la distribution du sujet au Code Napoléon.

53. Suivant les idées des sociétés, d'où le sentiment religieux n'est pas exclu, le mariage produit des biens de deux ordres différents, des biens spirituels et des biens temporels ; dans le premier ordre, il opère *pro salute animæ*, et dans le second, *pro bono reipublicæ*. C'est la religion qui régit le mariage sous ses rapports religieux, et la loi civile sous ses rapports civils ; et c'est dans cette distinction que se place la démarcation entre les deux puissances. C'est à cause des biens du premier ordre, que nous avons vu les peuples anciens le considérer comme un acte religieux, et le placer sous la protection de leurs Dieux, et les chrétiens le regarder comme un sacrement, et demander à l'Eglise les conditions de sa validité et lui confier le soin de sa célébration. Mais une fois célébré, chaque puissance reprend son empire sur le mariage, la puissance ecclésiastique sur le perfectionnement spirituel de l'union conjugale et la règle des devoirs conjugaux au point de vue de la conscience ; et la puissance civile sur la gouverne des rapports intéressés des conjoints, de la dévolution des biens du mariage, communs ou propres aux époux, au profit de leurs enfants et de l'organisation de leurs droits et devoirs réciproques, au point de vue du bon fonctionnement de la société civile. Ce sont ces derniers effets du mariage, que, comme nous l'avons dit, (1)nous appe lons ses effets civils et que régit le Code, tant par les lois du présent Titre, que par le titre du contrat de Mariage, dont il est question au Titre Quatrième, du Troisième Livre.

54. On peut, en d'autres mots, résumer ainsi la manière dont le Code traite du mariage. Il ne reconnaît de lien conjugal, que celui produit par le mariage religieux des époux, revêtu des

(1) Note du No. 8.

conditions essentielles établies par leur Eglise, et célébré suivant les formes et les rites qu'elle prescrit. Il énumère les conditions et les formalités communes à toutes les Eglises, avec reconnaissance des empêchements particuliers à chacune d'elles, lesquels invalident le lien, si telle est la décision de chaque Eglise, de même qu'il reconnaît les dispenses usitées dans quelques Eglises, de la même manière que ces Eglises les reconnaissent elles-mêmes. Si quelque empêchement établi par le Code, blesse les croyances religieuses de quelque Eglise, cet empêchement n'invalide pas le mariage, mais il s'attaque à ses effets civils.

L'action de nullité du mariage, est organisée sur des règles générales applicables à tous les mariages et est de la compétence des tribunaux civils, avec reconnaissance implicite de la juridiction épiscopale sur les mariages catholiques. Cela Code traite ensuite des effets civils du mariage.

Le présent titre est divisé en sept chapitres.

Le premier, traite " des qualités et conditions requises pour contracter un mariage."

Le second : " des formalités relatives à la célébration du mariage."

Le troisième : " des oppositions au mariage."

Le quatrième : des demandes en nullité de mariage."

Le cinquième : " des obligations qui naissent du mariage."

Le sixième : " des droits et devoirs des époux."

Le septième : " de l'indissolubilité du mariage."

Cette division empruntée au Code Napoléon qui, cependant, contient huit chapitres, dont le dernier, (celui omis dans notre Code) prohibe le second mariage de la veuve, dans les dix mois de la mort de son mari, (disposition qui ne se trouvait pas dans l'ancien droit, et que les rédacteurs de notre Code n'ont pas voulu adopter,) est prise sur l'ordre naturel de la matière.

En effet, comme tous les contrats, le mariage, pour être valablement contracté, exige le concours de certaines conditions qu'énumère le chapitre premier.

Comme il intéresse l'ordre public, aussi bien que les parti-

culiers, il est nécessaire qu'il soit publié d'avance, afin que ceux dont il pourrait léser les droits, ou qui pourraient en dénoncer les empêchements, en soient avertis. Il doit aussi être célébré publiquement devant un fonctionnaire particulier, et en un certain lieu public que tout le monde connaît ; il doit en outre être célébré de façon à en rendre la preuve certaine. Voilà le but des règles tracées par le chapitre second.

Bien qu'entaché de nullité, un mariage peut être célébré, et son annulation demandée plus tard ne peut que créer du scandale et engendrer de graves désordres. Ce sont ces inconvénients, que le chapitre troisième a voulu éviter en donnant aux intéressés le droit de s'y opposer.

Il peut cependant en dépit de toutes les prévisions de la loi, être irrégulièrement célébré, et, malgré les conséquences fâcheuses qu'elle entraîne, l'intérêt religieux et civil peuvent en demander l'annulation. C'est à cette éventualité que prévoit le chapitre quatrième.

Le mariage engendre des obligations des parents envers les enfants, et des enfants envers les parents ; il crée aussi des droits et des devoirs entre les époux : ce sont ces obligations, ces droits et ces devoirs, que les chapitres cinquième et sixième se sont chargés de tracer.

Enfin la mort seule peut le dissoudre. Ainsi s'exprime le chapitre septième.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

SOMMAIRE.

55. Ce chapitre s'applique à tous les mariages contractés dans le pays.
56. Division des empêchements de mariage en empêchements dirimants et prohibitifs et de la définition et de la nature du mariage.
57. Comme contrat, le mariage doit être revêtu des conditions essentielles à tous les contrats.
58. Application de la règle qui régit l'essence de tous les contrats au contrat de mariage. Empêchement résultant du défaut d'âge.
59. Même règle appliquée aux empêchements résultant du défaut de consentement, de l'impuissance, d'un mariage subsistant, et de la parenté et de l'affinité. Il sera question ailleurs de l'empêchement pour défaut du consentement des parents au mariage des enfants mineurs.
60. Des causes de la nullité des contrats.
61. Ces causes comme celles des empêchements de mariage proviennent du droit naturel ou du droit positif.

COMMENTAIRE.

55. Ce chapitre qui expose les conditions et la capacité voulues pour contracter un mariage, s'applique à tous les mariages contractés dans le pays. Ce chapitre eut pu être aussi proprement intitulé : " des Empêchements de mariage," suivant le terme reçu par le droit canonique et le droit civil, car *l'empêchement de mariage* est un obstacle formé au mariage par le défaut d'une condition voulue. Pour établir la validité des autres contrats, on procède par l'affirmation des qualités dont ils doivent être revêtus, et pour établir la légitimité du mariage on énumère les vices dont il ne doit pas être entaché. De ces deux procédés, différents par la forme, le résultat est

au fond le même, et le second a le mérite d'être d'un usage plus facile et plus prompt.

56. Les empêchements de mariage sont de deux sortes et sont appelés empêchements dirimants, *impedimenta dirimentia*, du verbe *dirimere*, *rompre*, *annuler*, ou empêchements prohibants, *impedimenta impedientia* ou *prohibentia*, (le participe ajouté au substantif étant pris dans le sens de *prohiber*, *défendre*,) pour dire que les premiers empêchements annulent le mariage ou l'empêchent de se former validement, et que les seconds ne font que le prohiber et le rendre illicite sans en emporter la nullité.

Nous avons vu, dans les définitions que nous avons données plus haut, que le " mariage est l'union de l'homme et de la femme, emportant communauté indivisible (*individua*) d'existence ; " mais ces définitions ne disent pas en autant de mots, quelle est la fin du mariage ; ce qu'il importe de bien connaître pour saisir l'étendue des qualités qu'il doit avoir, et fixer ses idées sur les empêchements que forme le défaut de ces qualités.

Le mariage est dérivé du mot latin *matrimonium*. *Matrimonium* suivant l'étymologie commune, vient des deux mots *matris* et *munium*, on dit aujourd'hui *munus*, c'est-à-dire *fonction de la mère*, parceque dans la procréation et l'éducation des enfants, la part la plus large revient à la mère ; comme on dit *patrimoine*,—*patris munium* ou *munus*—pour désigner le bien que le père doit affecter au soutien matériel de la famille, lequel retombe principalement sur lui.

Dans l'étymologie du mot même, la procréation des enfants se trouve donc indiquée, comme étant la fin du mariage, et c'est son but comme contrat naturel, *in quantum est in officium naturæ*. Ce n'est pas que la naissance des enfants, et même la consommation soient de l'essence du mariage, ou qu'elles soient même nécessaires à sa perfection, car le mariage dissous avant sa consommation, a reçu tous ses effets naturels, religieux et civils ; mais il faut que ceux qui le contractent soient doués des qualités propres à l'acte, sans lequel la fin du mariage ne peut s'atteindre. Le mariage étant une union

indivisible, cette indivisibilité emporte l'idée de l'indissolubilité du mariage et de son unité, car diviser deux personnes, c'est briser le lien qui les unit ; et deux personnes ne peuvent être indivisiblement unies l'une à l'autre, si une troisième entre dans cette union. Le texte dit, d'ailleurs, l'union *d'un homme et d'une femme*, et non l'union d'un homme avec plusieurs femmes, ou d'une femme avec plusieurs hommes.

57. Le mariage comme contrat, doit avoir les qualités essentielles à tous les contrats. Comme contrat naturel il doit être revêtu des conditions particulières à sa nature et à sa fin. Comme sacrement sujet au droit ecclésiastique, et comme contrat civil soumis au droit civil, il doit avoir les qualités prescrites par le droit positif.

Quelques-unes des qualités essentielles à tout contrat sont ainsi énumérées aux articles 984, 985 et 986 du Code, au titre des Obligations. Quatre choses dit l'article 984, sont nécessaires pour la validité d'un contrat :

" Des parties ayant la capacité légale de contracter."

" Leur consentement donné légalement."

" Quelque chose qui soit l'objet du contrat."

" Une cause ou considération licite."

Art. 985. " Toute personne est capable de contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi."

Art. 986. " Sont incapables de contracter, ceux à qui des " dispositions spéciales de la loi défendent de contracter à rai- " son de leurs relations ensemble ou de l'objet du contrat ; les " personnes aliénées ou souffrant d'une aberration temporaire " causée par maladie, accident, ivresse ou autre cause, ou qui, " à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de " donner un consentement valable."

Ces articles contiennent en germe, la théorie du Code sur les empêchements de mariage.

58. L'article 984, exigeant que pour faire un contrat valide, les parties aient la capacité de contracter, appliqué au contrat de mariage, déclare invalide celui fait par les parties qui n'ont pas cette capacité. L'incapacité de contracter mariage est au

fond de tous les empêchements dirimants fondés sur l'inhabilité des contractants à se marier.

D'après l'article 985, toute personne est capable de contracter mariage, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi, et l'article suivant 986 également appliqué au mariage, rend incapables de le contracter, celles à qui des dispositions spéciales de la loi défendent de le contracter ensemble, à raison de leurs relations ou de l'objet du mariage, et celles qui, étant privées de raison par une cause temporaire ou permanente, ne peuvent pas donner un consentement valable à ce contrat.

Le chapitre premier du titre qui nous occupe, déclare incapables de contracter mariage, l'homme avant quatorze ans révolus et la femme avant douze ans, pour deux des raisons mentionnées aux articles 984, 985 et 986. La première est, qu'à cause de la faiblesse de leur âge, ils sont considérés comme incapables de consentir valablement à cet acte important, et la seconde est que n'étant pas considérés comme pubères, ils ne peuvent pas remplir la fin principale du mariage qui est la procréation de l'espèce humaine.

Telle est la cause de l'empêchement du défaut d'âge.

59. Le second empêchement établi par ce chapitre est celui du défaut général de consentement, sans égard à l'âge ou à aucune circonstance particulière. Cet empêchement couvre tous les vices de consentement, absolus ou relatifs, temporaires ou permanents, et par conséquent, s'applique à toutes les personnes déclarées par la loi, incapables de se marier, parce qu'elles ne peuvent pas donner de consentement.

La troisième est l'impuissance qui rend inhabile à remplir l'objet principal du contrat, qui, comme nous venons de le dire, est la reproduction de l'espèce.

Le quatrième est un mariage encore subsistant, qui fait aussi défaillir un des objets du contrat, celui qui résulte de la nature même de l'union conjugale, laquelle doit comporter une communauté indivisible d'existence ; d'où il suit que les personnes déjà mariées, ne peuvent pas former une telle communauté avec d'autres personnes, tant qu'elles sont engagées dans les liens d'une union subsistante.

Le cinquième empêchement qui est l'empêchement résultant de la parenté ou de l'affinité, dans tous les degrés de la ligne directe, et dans certains degrés de la ligne collatérale, forme aussi un obstacle au mariage, parceque, dans le sens de l'art. 986, le Code a défendu aux personnes ainsi liées par la parenté ou l'affinité, de contracter mariage ensemble.

Nous parlerons, dans un endroit séparé, de l'empêchement provenant du défaut de consentement donné au mariage du mineur par ses père et mère, parceque nous n'entendons parler ici que des empêchements communs à tous les mariages et que cet empêchement n'est pas dirimant pour les mariages des catholiques, vu qu'il n'est pas reconnu par le droit canonique, et qu'il n'affecte, le mariage que relativement à ses effets civils.

60. L'on voit donc, qu'en proclamant ces empêchements, le Code ne fait qu'appliquer au mariage, les règles communes à tous les contrats et les nullités qui résultent de leur inobservance. Ce qui nous conduit à dire un mot des causes de nullité des contrats en général, pour faire voir encore, que ce n'est que par l'application des règles ordinaires au contrat de mariage, que les empêchements dirimants établis par ce chapitre, l'annulent.

Tout le monde convient, que le contrat nul équivaut à néant, et que le contrat qui manque de quelque condition ou de quelque qualité essentielle est de ce genre. On dit que ce contrat est absolument nul ou de nullité absolue. Ainsi la vente faite par un fou, ou par un tuteur non autorisé, des biens de son mineur, est absolument nulle, ou est frappée de nullité absolue, parceque le fou manque d'une qualité essentielle, la raison, indispensable au consentement, et que le tuteur n'a pas rempli une condition essentielle que lui impose la loi. La vente est non-seulement nulle, elle n'a jamais eu d'existence.

Cependant, comme il y a eu une vente apparente,et qu'il a été passé un titre que, par erreur ou mauvaise foi, on pourrait plus tard invoquer et comme il peut y avoir eu tradition de la chose vendue et déplacement dans la possession, une action en justice devient souvent nécessaire, non pour faire annuler la vente,

on n'annule pas le néant, mais, pour nous servir des termes ordinaires à la pratique, la faire déclarer non avenue, c'est-à-dire faire déclarer qu'il n'y a jamais eu de vente, ou encore, mettre les parties dans l'état où elles étaient avant l'acte nul. Appliqués au mariage, les empêchements opèrent de la même manière. Un fou, un impuissant, un impubère, un homme déjà marié, deux parents dans les degrés prohibés contractent mariage :—il est évident que ce mariage est frappé de nullité absolue, ou plutôt qu'il n'y a pas de mariage, parce que tous manquent d'une ou de plus d'une des qualités et conditions essentielles au mariage ; le fou et l'impubère ne peuvent consentir valablement au mariage, ce même impubère et l'impuissant sont incapables de l'acte générateur ; l'homme engagé dans un mariage subsistant manque de liberté, et les parents sont par la loi frappés d'incapacité par rapport à ce mariage, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas, vis-à-vis l'un de l'autre, dans les conditions exigées par la loi, pour contracter ensemble un mariage valable.

Cependant, comme il y a eu un mariage apparent, une action sera nécessaire pour détruire ces apparences et remettre les parties dans l'état où elles étaient avant ce faux mariage. Cette action est l'action en nullité de mariage, dont nous parlerons plus tard avec développement, car elle joue un grand rôle dans la théorie du mariage, et elle a été le sujet de méprises considérables dans le droit français, surtout dans le droit nouveau. Il nous suffit pour le moment de bien tracer la nature et l'effet général de la nullité ou des empêchements dont il s'agit dans ce chapitre. Ces empêchements, répétons-le, rendent le mariage nul, en ce qu'ils empêchent le lien de se former valablement, à cause du défaut de capacité légale de la part des parties, de contracter valablement. Défaut de capacité ! Voilà la cause de chacun de ces empêchements.

61. Ces empêchements, comme les causes de nullité de tous les contrats, proviennent du droit naturel ou du droit positif et résultent de la violation des qualités essentielles communes à tous les contrats et de celles qui sont particulières au mariage. Ainsi l'empêchement provenant du défaut de consentement

est commun à tous les contrats. L'empêchement d'impuissance provient du droit naturel et dans son caractère général, il est commun à tous les contrats, que ceux qui les font, doivent être capables de faire ; mais dans son espèce particulière, il est propre au mariage que l'impuissant ne peut consommer. L'empêchement d'un mariage pré-existant est de droit naturel, reconnu par le droit positif et provient de la nature du contrat de mariage. L'empêchement de parenté dans la ligne directe est en général de droit naturel, et de droit positif dans la ligne collatérale, excepté pour le premier degré.

Ces distinctions dans la source des empêchements sont importantes, en ce que quelques unes des nullités qu'elles produisent sont irrémédiables, que d'autres sont réparables, et qu'en général, l'Eglise accorde des dispenses des empêchements de droit positif et n'en accorde pas des empêchements de droit naturel, comme nous le verrons plus tard.

Les empêchements de mariage sont divisés en empêchements absolus et relatifs, en ce que les premiers rendent ceux qui en sont atteints, incapables de contracter validement un mariage avec aucune personne quelconque, et que les seconds rendent seulement invalides les mariages entre certaines personnes. Ainsi, des cinq empêchements reconnus par le Chapitre premier, les quatre premiers sont absolus et le cinquième est relatif. Examinons-les les uns après les autres et dans l'ordre que nous les présente le Code, en commençant par celui tiré du défaut d'âge.

Article 115.

L'homme avant quatorze ans révolus, la femme avant douze ans révolus ne peuvent contracter mariage.

SOMMAIRE.

62. Pour contracter un mariage valable, les époux doivent avoir atteint l'âge de la virilité et de la nubilité. Différence à l'égard de cet âge sous les différents climats.

63. La loi chez tous les peuples a établi un âge légal. Citations.

64. Discussion à ce sujet au Conseil d'Etat, lors de la rédaction du Code Napoléon. Disposition de notre Code.

65. Justification de cette disposition.

66. Suivant l'article 115, tout mariage contracté en violation de sa disposition est nul. Cet article est cependant susceptible d'exceptions.

67. Première exception.

68. Seconde exception.

COMMENTAIRE.

62. La procréation des enfants et la reproduction de l'espèce humaine étant l'un des buts du mariage, comme nous l'avons dit, et la fin principale pour laquelle il a été institué par Dieu, qui a voulu distinguer la propagation de l'homme fait à son image, de celle des animaux, quoiqu'elles ne soient pas essentielles à sa perfection, puisque la sénilité n'est pas un obstacle à ce contrat, que les époux peuvent d'un commun accord, vivre dans la continence, et que le mariage dissous même avant sa consommation n'en a pas moins été un mariage véritable, il n'en est pas moins vrai, que pour le contracter valablement, les conjoints doivent être aptes à l'acte générateur.

Le virilité chez l'homme et la puberté chez la femme n'arrivent pas au même âge. La nature qui a soumis les deux sexes à des lois d'organisation différentes, rend la femme féconde plus vite que l'homme. Comme fait général, cet âge varie chez les deux sexes, suivant les latitudes des pays qu'ils habitent. L'on sait que sous le soleil brûlant de l'Asie, la puberté est plus rapprochée que sous le ciel plus tempéré de l'Europe, qu'elle est plus prompte dans les climats du midi que dans ceux du nord, et plus précoce sur les bords du Tibre que sur les rives du St. Laurent. Chez les individus du même sexe, vivant sous le même ciel, et sujets aux même influences de climat, ce phénomène n'arrive pas au même âge, et varie suivant les tempéraments, quelquefois même suivant les caprices de la nature. On a remarqué que l'âge de puberté est en général plus précoce chez les indiennes que chez les femmes blanches de l'Amérique, et l'on observe tous les jours, des inégalités surprenantes chez les individus de la même race.

63. La loi qui ne tient pas compte des accidents particuliers aux individus, mais qui cherche dans la masse des faits sociaux, une règle générale fondée sur l'expérience de ce qui arrive le plus souvent, *quod plerumque fit*, et qui convient le mieux au plus grand nombre, a observé dans les différents pays, l'âge de puberté chez le plus grand nombre d'individus, et, par une fiction nécessaire, elle a déclaré que cet âge arrivé, tous les individus seraient considérés comme pubères, et capables de contracter mariage. Cet âge de puberté légale, si je puis ainsi m'exprimer, a varié chez tous les peuples suivant les climats, les mœurs et les intérêts sociaux.

Une loi grecque fixe la puberté chez les mâles à quatorze ans, et chez les filles à douze. Les Romains empruntèrent à la Grèce, cette règle avec plusieurs de leurs autres institutions légales. Le droit canon à son tour l'emprunta au droit Romain, et du droit canon, elle passa, comme maxime de droit commun, dans la Législation Française, d'où elle nous est venue. Les auteurs du Code Civil ne l'adoptèrent pas, mais fixèrent à dix-huit ans pour les hommes et quinze pour les femmes, l'âge de puberté. (art. 144). Nos codificateurs n'ont pas suivi leur exemple.

64. Lors de la discussion de cet article au Conseil d'Etat, les opinions furent partagées sur l'âge à fixer pour le mariage. Tous les conseillers furent d'avis, que quatorze ans pour les mâles et douze pour les filles, était un âge trop rapproché, sous le double rapport de la croissance physique, nécessaire pour la saine propagation des races et de la suffisance du développement intellectuel, eû égard à l'importance d'un acte aussi solennel que le mariage.

Le projet calqué sur les dispositions d'une loi de 1792, empruntée aux constitutions de l'empereur Léon, présenté par M. Réal, au nom de la Commission, fixait quinze ans pour l'homme et treize ans pour la femme. Le premier Consul inclinait à n'autoriser le mariage qu'à 21 ans pour le premier et quinze pour la seconde. L'article 144 fut pourtant adopté. (1) La règle de cet article est aussi celle du Code Frédéric. La majo-

(1) Fénet. Travaux préparatoires. tome 9, pp. 6 et 7.

rité des Codes Européens fixe à quatorze ans pour les mâles et douze ans pour les filles, l'âge où l'on peut se marier. Telle est la disposition de la loi Anglaise et le Code Louisianais en contient un article exprès (art. 93). En perpétuant la disposition de l'ancien droit, nos Codificateurs ont eu le double mérite, de ne rien innover dans le droit français, et de reproduire la disposition du droit anglais.

65. A part le mariage des princes, que l'on tenait séparés pourtant jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un âge plus avancé, il y a peu d'exemples que l'on ait usé de la faculté de contracter un mariage à douze ou quatorze ans. A tout événement on n'en trouve pas en Canada. La disposition de la règle déposée comme principe abstrait dans le Code, ne peut pourtant causer aucun préjudice, car si jamais on en use, ce devra être dans des circonstances assez exceptionnelles, pour justifier cette grave dérogation aux mœurs du pays, dont l'action sert toujours de contrôle salutaire aux exagérations de la Législation.

Ce n'est pas seulement sous le rapport du développement physique, que la loi fixe un âge légal pour le mariage. Comme nous l'avons vu, elle n'a pas supposé qu'avant cet âge les parties aient le degré de raison et la maturité de jugement suffisants pour donner un consentement éclairé et réfléchi à cet acte important, d'une portée exceptionnelle et duquel dépend non-seulement le bonheur des époux eux-mêmes, mais encore la prospérité de leurs descendants. Ces deux motifs s'unissent donc, pour proscrire les mariages contractés à un âge trop précoce.

66. Aux termes de notre article 115, le mariage contracté avant l'âge requis, soit de la part des deux conjoints, soit de la part de l'un d'eux, est donc frappé de nullité absolue.

Il ne devrait donc jamais, et dans aucun cas, produire d'effets civils. Il n'en est pourtant pas ainsi, car aux termes de l'article 153, lequel se trouve dans le chapitre quatrième, qui organise les demandes en nullité de mariage, ce mariage ne peut être attaqué dans deux cas : 1o. dans le cas où les époux ou l'époux trop faible d'âge, auraient laissé écouler six mois sans se plaindre depuis qu'ils ont atteint l'âge légal, et

2o. dans le cas où la femme, qui lors du mariage n'avait pas cet âge, a conçu dans les mêmes six mois.

67. Un mariage ainsi contracté contre la prohibition de la loi et nul dès le principe, peut donc être validé par le laps de temps, et la nullité n'est pas absolue et irrréparable. Sur quoi peuvent être fondées ces deux exceptions à la nullité absolue ? Elles ne paraissent pas procéder toutes deux du même principe. La première, celle résultant du silence des parties pendant les six mois qui ont suivi la révolution de l'âge complet, ne peut être fondée que sur l'acquiescement au mariage nul dans le principe, ou sur un consentement tacite survenu postérieurement. Cette exception consacrerait donc le principe, que les nullités de mariage, du moins celle-ci, peuvent se couvrir par le silence, l'approbation expresse ou tacite, comme les nullités des autres contrats.

En considérant le mariage comme pur contrat civil, cette doctrine peut non-seulement avoir l'avantage d'être en harmonie avec les principes du droit nouveau créé en France par le Code Napoléon, elle est également conforme aux maximes de l'ancien droit. Notre Code a donc suivi jusqu'ici, tant la doctrine de l'ancien droit, que celle du Code Napoléon. C'est aussi celle de la loi Anglaise : " The next disability is the " want of age. This is sufficient to avoid all other contracts " on account of imbecility of judgment in the parties con- " tracting ; therefore it ought to avoid this, the most impor- " tant contract of all. Therefore if a boy under fourteen, or " a girl under twelve years of age, marries, the marriage is " imperfect, and when either of them comes to the age of " consent aforesaid, they may disagree and declare the mar- " riage void, without any divorce or sentence in the spiritual " Court. This is founded on the civil law, but the canon law " pays a quater regard to the constitution ; for if they are " *habiles ad matrimonium*, it is a good marriage whatever their " age may be. And in our law it is so far a marriage, that if at " the age of consent they agree to continue to live together, " they need not be married again." (1)

(1) Blackstone's Com., Liv. 1, No. 436.

68. La seconde exception, celle tirée de la conception de la femme dans les six mois du mariage, est fondée sur la manifestation de la nubilité à l'époque du mariage, c'est-à-dire que la règle générale qui déclare la femme impubère à douze ans, n'étant après tout, que le résultat d'une présomption légale, la conception de la femme dans un intervalle aussi rapproché que six mois, revêt ici le caractère d'un fait contraire à la présomption de la loi et la repousse. Cette exception est reconnue en droit canonique.

Cap. "*Puberes*" de Desp. impub. *ubi dicitur* : " certum est eum-" puberem esse qui ex habitu corporis pubertatem ostendit, et " generare qui potest."

Article 116.

Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement.

SOMMAIRE.

69. Il est de l'essence de tout contrat qu'il soit librement consenti. Comment le mariage échapperait-il à cette exigence ? Ce consentement doit être donné au temps du mariage.
70. Le défaut de consentement dont parle cet article 116, diffère du consentement vicieux dont parle l'article 148. Le défaut de raison est le seul cas qui se présente à l'application de l'article 116.
71. La nullité du mariage du mort civil provient d'une autre cause. Cette nullité s'applique à tous ceux qui à l'époque du mariage, sont perpétuellement ou temporairement privés de raison.
72. Cette règle simple dans l'abstraction est dans la pratique sujette à bien des difficultés. Pouvoir discrétionnaire du juge en cette matière. Variété des faits dont on peut induire la folie.
73. Exemples et hypothèses. Interdiction. Le mariage de l'interdit n'est nul que pour les effets civils.
74. Intervalles lucides. Que décider en ce cas.
75. Les règles fixes en cette matière sont impossibles. L'application en est toute subordonnée aux faits et aux circonstances.
76. Ce qui se dit de la folie à intervalles lucides que l'on appelle folie *intermittente*, peut s'appliquer à l'ivresse temporaire. Que dire du délire ?

COMMENTAIRE.

69. Il semble, à première vue, que cette règle empruntée au Code Napoléon (art. 146), ne devrait pas faire l'objet d'un ar-

ticle spécial, tant elle est évidente. Il est de l'essence de tout contrat qu'il soit librement consenti. Comment le mariage qui est un des contrats les plus importants de la vie, pourrait-il échapper à cette exigence ?

Aussi le mariage est-il formé par le consentement des conjoints : l'expression de ce consentement et la bénédiction nuptiale n'en comportent que la manifestation et la sanction. Le mariage n'emprunte pas même sa validité à sa consommation. La mort d'un des époux avant qu'il soit consommé, laisse l'autre époux en possession de tous ses droits. Devant l'Eglise, l'empêchement dirimant d'*honnêtete publique*, existe entre l'époux qui survit et tous les consanguins (consanguinei) du défunt jusqu'au quatrième degré inclusivement. C'est une sorte d'affinité. " *Honestas publica* orta *ex matrimonio rato* et " non consummato dirimit matrimonium inter unum sponsum " et consanguineum alterius usque ad quartum gradum in- " clusive. Id tanquam certum *ab omnibus* traditur, quamvis " nullus expressus Juris textus proferatur. Sanchez L. 7. D. 70, " No. 1 ; 3 Lig. 1. 6. No. 1061. Gury. t. 2, No. 816, et alii.

" *Honestas publica* est propinquitas seu quœdam quasi affini- " tas, quæ per conjunctionem, non corporum, sed animorum " oritur tum *ex sponsalibus* inter unum sponsum et consangui- " neos alterius (usque ad *primum* gradum tantum in Trident. " sess. 24, de Reform. matr. 1. 3), tum ex *matrimonio rato* inter " alterum conjugem ed compartis consanguineos (usque ad " *quartum* gradum inclusive)." Gury, t. 2, No. 816.

Ce consentement doit être donné publiquement au temps même du mariage, avoir été précédé et être accompagné des formalités voulues pour constituer un mariage valable. Il est inutile de dire, que tout consentement antérieur et non manifesté derechef lors de la célébration du mariage, n'en serait pas un et ne produirait pas d'effet.

70. Le défaut de consentement dont l'article 116 parle ici, est tout-à-fait différent du consentement vicieux, dont il est fait mention à l'article 148, et annulable pour cause d'erreur et de violence. Bien qu'invalide et sujet à annulation, un consentement surpris par l'erreur ou extorqué par la violence est

toujours un consentement, et c'est celui dont il s'agit dans l'article 148, pendant que l'article 116 ne contemple qu'un mariage qui n'a jamais eu d'existence réelle, qui a été frappé de néant par l'incapacité de celui qui a exprimé un consentement qu'il ne pouvait pas donner et que, de fait, il n'a pas donné.

Le défaut de raison de la part des parties contractantes ou de l'une d'elles, est le seul cas qui se présente à l'application de cet article. Quoique le mort civil soit frappé de l'incapacité de contracter un mariage, et que cette incapacité repousse la supposition d'un consentement efficace, il peut cependant donner un consentement réel et valable aux yeux de l'Eglise, quoique ce consentement n'ait pas d'effet légal au civil.

71. Et voilà pourquoi le mariage du mort civil emprunte son invalidité à une autre cause que celle du mariage de celui qui est privé de raison par folie permanente, temporaire ou accidentelle. Le mort civil ne peut se marier, parcequ'il a été retranché de la vie civile, indigne qu'il est jugé, de prendre part aux bienfaits de la société dont il s'est montré l'ennemi. Cette incapacité est d'ailleurs créée par un autre article que celui qui nous occupe, l'article 36, paragraphe 6 : il en a déjà été et il en sera de nouveau question ailleurs.

L'incapacité résultant du défaut de raison s'applique à ceux mêmes qu'une aberration temporaire rend incapables de volonté. De ce nombre sont ceux qui sont atteints de folie temporaire causée par la maladie, un accident ou l'ivresse. Pendant leur aberration, ils sont rangés, pour les fins du mariage, dans la catégorie des insensés. Et de fait, ils le sont, tant qu'elle dure. Ceux donc qui sont privés de raison, par quelque cause quelconque, ne peuvent contracter mariage.

72. Cette règle fort simple dans l'abstraction, est pourtant dans la pratique, sujette à des distinctions délicates et surtout des difficultés d'application assez graves. Dans quels cas, le défaut de raison doit-il faire déclarer un mariage invalide ? Il est impossible de répondre à cette question, par l'exposition d'une maxime précise et rigoureuse, car la solution en est subordonnée à un état de faits essentiellement variables.

Dans cette matière qui concerne à la fois la société et la

famille, où l'intérêt public et l'intérêt privé sont appelés à faire valoir tour à tour leurs motifs, toujours concordants, bien que parfois en antagonisme apparent, il est une considération d'un grand poids sur chaque demande en nullité de mariage, et qui domine toutes les autres. C'est que l'invalidité des mariages, ne doit être prononcée que dans des cas extrêmes : quand la somme des avantages qu'elle procure aux individus excède les inconvénients qui sont son accompagnement obligé, et peut-être qu'au point de vue de la morale publique, le maintien d un mariage invalide en réalité, mais valable en apparence, est dans le doute préférable à son annulation.

Il s'en suit que le pouvoir discrétionnaire du juge est fort considérable : on serait presque tenté de dire, illimité. Non qu'il puisse, en mettant sa raison à la place de la raison de la loi, méconnaître l'applicabilité du principe ; le pouvoir du magistrat ne va jamais jusque-là. Mais il est l'appréciateur souverain du fait, disons de la preuve du défaut de raison qui est le point culminant du procès, le nœud gordien de la difficulté.

Les faits dont on veut induire la preuve de folie, varient comme les causes de la folie elle-même et les signes qui la révèlent. Ils se présentent sous tant d'aspects divers, diffèrent tellement entre eux ; ils offrent des complications si difficiles à prévoir, qu'il est impossible d'en faire la classification.

L'on ne peut que grouper dans un cadre imparfait, les faits généraux empruntant leur caractère aux caractères de la folie elle-même, c'est-à-dire créer des hypothèses applicables à la généralité des cas, pour ensuite tracer les règles à l'aide desquelles on peut les résoudre.

73. Ainsi celui qui, à un temps donné, est privé de raison, est ou idiot de naissance, ou né avec sa raison, il l'a perdue accidentellement, et il est en état habituel de démence ; sa folie est permanente, ou il a des intervalles lucides : ou bien il n'est pas en état habituel de démence, et sa folie est momentanée et produite par l'ivresse ou la maladie. Dans cet état de folie, il contracte un mariage dont la validité est en question : faudra-t-il le déclarer nul ? Je ne dis pas *l'annuler*, car on n'annule que le contrat qui existe, quoique entaché de vice ; et le con-

sentement donné par un insensé n'est pas un consentement ; il n'a aucun effet quelconque. Il ne produit qu'un mariage apparent qui n'a pas d'existence réelle et qu'on puisse annuler. On n'annule pas le néant. Nous l'avons déjà dit.

Il ne peut venir de doute à l'esprit de personne sur la complète nullité du mariage de l'idiot. Aussi n'est-ce pas pour lui que le sujet offre des difficultés.

On peut dire la même chose du fou dont la démence accidentelle est continuelle et sans intervalles lucides.

Mais il y a plus de doute pour celui qui a des intervalles lucides, car ce mariage peut s'être fait pendant qu'il était redevenu en possession momentanée de sa raison, quoiqu'il soit retombé dans la folie ensuite.

Par rapport à lui, il y a une distinction à faire, tirée d'un autre moyen de nullité, l'*interdiction.* S'il a été interdit, et pourvu régulièrement d'un curateur, son mariage est aussi nul que celui de l'idiot et de l'insensé sans intervalles lucides et dont la folie est constante. Le fait de l'interdiction opposerait une fin de non recevoir péremptoire à la supposition qu'il s'est marié pendant un intervalle lucide. Ce mariage est frappé de nullité par l'article 134 qui porte : "que tout acte fait par l'interdit est nul."

En vain, on objecterait que la nullité portée par cet article, ne se rapporte qu'aux actes qui concernent ses intérêts pécuniaires, et en rapport avec ses biens. Cette distinction n'est pas faite par la loi civile qui, prononçant la nullité de tous les actes faits par l'interdit, les comprend tous, et, parmi eux, le mariage.

Nous reviendrons là-dessus plus tard, quand il sera question de faire la distinction entre les mariages valides sous le rapport du lien, et ceux qui sont nuls par rapport aux effets civils ; car la nullité du mariage de l'interdit dont nous venons de parler, n'étant pas prononcée par le droit canonique, ne peut pour les catholiques, avoir lieu que pour les effets civils. Au point de vue de la validité du lien, il faudrait outre l'interdiction, prouver la folie à l'époque du contrat. Le fait de la

célébration du mariage créerait une présomption de raison supérieure à l'interdiction.

74. Mais s'il n'était pas interdit et qu'il fût certain que son mariage s'est fait pendant un intervalle lucide, que décider ?

Si la preuve était convaincante et que le doute ne fût pas permis à cet égard, son mariage serait valable, car un intervalle lucide complet suppose un retour complet de la raison : au cas contraire, il ne serait pas lucide. Or, rien n'interdit à celui qui a été privé de sa raison, mais qui l'a recouvrée, aucun des actes de la vie civile, et pas plus le mariage que les autres. Il est même de la nature d'un semblable intervalle de lucidité complète d'exclure la supposition du retour de la folie, ou au moins de produire une espérance raisonnable, que la raison qui a repris sa demeure dans un cerveau malade, y continuera son séjour ; que le flambeau rallumé ne s'éteindra plus !

Comme le consentement emprunte sa valeur à l'état mental de celui qui le donne, dans le temps où il est donné, indépendamment de celui qui l'a précédé, ou qui l'a suivi, il importerait peu à la validité du mariage, que le conjoint fût retombé dans son premier état, qu'il eût même été interdit par la suite. Le cas où la lucidité de l'esprit manifestée lors du mariage, n'aurait pas depuis cessé, n'a pas besoin de commentaire. Il est évident que le mariage est inattaquable.

Mais tout cela est dit, répétons-le, dans la supposition que l'intervalle lucide fût clairement établi. C'est surtout dans les embarras de cette preuve que repose le doute. Disons d'abord que, dans un semblable cas, la folie périodique étant établie, l'intervalle lucide devrait être prouvé. Cette preuve est difficile. A première vue, il répugne à l'esprit que celui que la raison a abandonné, et qu'elle n'a visité depuis qu'à intervalles fugitifs et éphémères, pour disparaître encore, aît jamais recouvré la pleine possession de ses facultés mentales, même quand il a semblé le plus en jouir. Elle est cependant possible ; il ne s'agit que d'en établir la suffisance.

75. Les règles sur la valeur de cette preuve sont strictement impossibles. Elle est, comme dans tout autre cas, sujette aux présomptions et soumise aux adminicules empruntés aux faits

particuliers à chaque espèce. Le temps où la folie s'est révélée pour la première fois, la durée des accès, ainsi que celle des intervalles lucides, et leur fréquence ; l'état actuel de l'aliéné, surtout, sont d'une grande valeur dans l'investigation des faits. Sa conduite envers l'autre conjoint et la nature de leurs rapports antérieurs ou postérieurs au mariage ; la durée de la vie commune ; voilà autant de faits à consulter. Car quoique certains auteurs tiennent que la nullité produite par le défaut de raison est irréparable ; que la co-habitation quelque longue qu'elle puisse avoir été et le silence de l'autre partie n'en peuvent pas couvrir les vices, comme quand il est question des nullités relatives engendrées par l'erreur ou la violence, ainsi que nous le verrons sous l'article 148, il est hors de tout doute, que la moralité du mariage et la co-habitation, impuissantes si l'on veut, à constituer une ratification valable, ne soient d'un grand secours pour élucider la condition mentale de l'insensé, à l'époque où le mariage a été célébré. En effet qui doit mieux que les intéressés, l'autre conjoint surtout, sont en état d'en juger ? Et le fait que les parents de l'autre conjoint et ceux de cet insensé auraient librement consenti au mariage et à la vie commune, ne soulèverait-il pas des présomptions violentes, en faveur de la sanité d'esprit, de la même manière qu'une séparation hâtive, motivée de la part de l'autre conjoint sur l'aberration, entraînerait des probabilités contraires.

Ajoutons que la faveur du mariage et l'autorité du fait accompli doivent faire pencher le doute d'une preuve contradictoire du côté de sa validité ; que le juge qui doit consulter l'intérêt des familles, intérêt puissant dans tous les cas, et surtout quand le fait de la folie est douteux, sans perdre de vue celui du public et oublier le respect qu'il doit aux nullités rigoureuses prononcées par la loi, ne doit déclarer un mariage nul que sur une preuve convaincante, et nous aurons épuisé tout ce qui peut être dit d'utile à ce sujet.

76. Ce qui vient d'être dit de la folie à intervalles lucides, que l'on appelle *folie intermittente*, s'applique à la folie passagère produite par l'ivresse momentanée, et à la folie plus durable

causée par le délire provenant d'une ivresse prolongée ou de la maladie.

Pour ce qui est de l'ivresse momentanée, il paraîtrait impossible de dire qu'un mariage concerté d'avance, et consommé ensuite, serait déclaré nul par cela seul qu'un des conjoints, sinon, par impossible tous deux, se seraient trouvés dans un état d'ivresse lors de sa célébration. On présumerait en ce cas, que puisqu'il est resté assez de force physique aux conjoints pour prononcer les paroles requises pour constater le consentement, il leur est resté assez de raison pour comprendre le sens de leur engagement. Ce serait de l'instinct, un éclair peut-être, mais ce serait l'instinct et l'éclair de la raison ! Ce qui ne blesserait en rien le principe que, sans raison, on ne peut contracter.

Quant au délire, s'il ne comptait que d'une époque postérieure aux négociations du mariage, surtout aux fiançailles, l'on devrait dire ce qui a été dit de l'ivresse, que le conjoint avait conservé assez de raison pour donner un consentement valable au mariage, lors de la célébration. Il en serait autrement, si le délire était antérieur, s'il avait duré pendant tous les préliminaires des fiançailles, qu'il durât encore alors et se continuât jusqu'au mariage, surtout si la cohabitation n'avait pas eu lieu ou qu'elle eût été abandonnée aussitôt après le retour de la raison, il en serait autrement. La cause offrirait alors un concours de circonstances abandonnées à la prudence du juge et dont le poids pèserait contre le mariage.

Nous verrons sous le chapitre quatrième qui traite des demandes en nullité de mariage, par qui la nullité pour défaut de raison doit en être demandée, quand elle doit l'être, si elle est irréparable et absolue dans tout état de faits quelconques, ou si elle peut être couverte.

Article 117.

L'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage le rend nul mais dans le cas seulement où elle est apparente et manifeste.

Cette nullité ne peut être invoquée que par la partie même avec qui l'impuissant a contracté. Elle n'est plus recevable si elle a laissé passé trois ans sans se plaindre.

SOMMAIRE.

77. Doctrine de l'ancien droit français à l'égard de l'impuissance.
78. Le Code Napoléon n'a pas reproduit cette doctrine. Suivant notre Code cette impuissance doit être manifeste et apparente. Comment doit-on entendre cette condition ?
79. Suite. Qui doit être admis à se plaindre de l'impuissance. Suspension du jugement pendant trois ans suivant le droit canon. En France le mariage d'un impuissant peut être cassé pour cause d'erreur sur la personne.

COMMENTAIRE.

77. Dans l'ancien droit français, l'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage était un moyen de nullité de mariage, contre lequel elle produisait un empêchement dirimant absolu. Mais il fallait que cette impuissance fût perpétuelle, constante et incurable. Une impuissance temporaire ou douteuse ne prouvait pas une incapacité de mariage et n'en entrainait pas la nullité.

Jusqu'en 1677, la preuve de l'impuissance se faisait par le congrès, mais le Parlement de Paris, par arrêt de règlement du 18 février 1677, a défendu cette espèce de preuve aussi équivoque qu'indécente. Au congrès, l'arrêt a substitué la visite par chirurgiens, du mari, ou par matrones de la femme accusés d'impuissance.

78. Le Code Napoléon n'a pas reproduit cette disposition, et en France, l'impuissance ne forme plus un empêchement de mariage. Non qu'il soit dans les principes de la loi, qu'une personne inhabile au mariage puisse le contracter, mais à raison des inconvénients résultant des demandes fondées sur l'impuissance, le Législateur en a proscrit la recherche. (1)

(1) Cependant, quoique sous le Code français l'impuissance soit seule insuffisante pour donner lieu à l'action en nullité de mariage, les auteurs conviennent qu'elle constituerait une cause d'erreur dans la personne qui pourrait faire casser le mariage. L'époux qui croirait avoir épousé une

Il n'en est pas ainsi pour nous, et le Code a continué de reconnaître l'impuissance comme empêchement, mais à une condition qui ne se rencontrait pas, au moins textuellement dans l'ancien droit, c'est que cette impuissance soit manifeste et apparente.

Que doit-on entendre par cette condition, et qu'est-ce que l'impuissance *manifeste* et *apparente ?* Une *chose manifeste* est celle qui se prouve par elle-même, et dont personne ne peut douter, et une *chose apparente* est celle que tout le monde peut voir. Il en est ainsi de l'impuissance. Il faut, pour produire ses effets, qu'il ne puisse être soulevé aucun doute sur son existence, et que cette conviction soit produite par la simple inspection de la personne. En d'autres termes, il faut qu'il résulte de telle inspection, que l'organe générateur est totalement incomplet. Ce que les Rédacteurs ont voulu, a été d'éviter une discussion scandaleuse sur le fait même de l'impuissance, et pour cela ils ont exclu jusqu'à la possibilité du doute, du doute raisonnable bien entendu !

79. Notre article n'admettant d'impuissance comme empêchement dirimant que celle qui est apparente et se révèle extérieurement, il s'en suit que le Code ne reçoit pas comme le faisaient l'ancien droit et le droit canon, la débilité de l'organe reproducteur chez l'homme et la frigidité comme cause d'impuissance. De fait l'impuissance de ce genre est difficile sinon impossible à établir, et la raison de l'exclusion de ces causes, est cette difficulté ou cette impossibilité même.

En effet, en droit, quelque soit la cause de l'impuissance, occulte ou manifeste, elle opère également la nullité du mariage, dont elle frustre la fin. Mais comme tout droit non susceptible d'application est une lettre morte et doit rester non avenu, il en résulte que le droit de demander la cassation du mariage

personne capable de l'acte propre au mariage, et qui n'aurait épousé qu'une personne frappée d'impuissance, pourrait dans leur doctrine, se faire relever de son erreur et faire casser son mariage.

V. Toullier, tome 1, tit. du mariage, tome I, No. 526.

V. Marcadé, tome 1, même titre, art. 180, page 449.

V. Demolombe, Du mariage, page 422, tome 3.

Demante, t. 1, No. 262 *bis*.

de la part de l'époux trompé est illusoire, s'il ne peut apporter la preuve du fait dont ce droit découle.

Il importe peu que l'impuissance soit naturelle ou accidentelle, pourvu qu'elle existe lors du mariage, car il est clair que celle survenue postérieurement à sa célébration ne serait d'aucun effet pour l'invalider. L'impuissance du mari ou de la femme produit le même effet. Nous reviendrons sur ce sujet quand nous traiterons de l'impuissance (ici considérée dans le sens du Code,) au point de vue du droit canonique et des demandes en nullité de mariage.

L'article ajoutant que : " l'impuissance ne peut être invoquée " que par la partie même avec qui l'impuissant a contracté, et " qu'elle n'y est plus recevable si elle a laissé passer trois ans " sans se plaindre ", contient une disposition en désaccord avec les dispositions du droit canonique qui, au cas où l'impuissance n'était pas manifestement prouvée, ne prononçait pas la nullité du mariage avant que les époux eussent habité ensemble pendant trois ans, *per triennium*, afin de permettre la manifestation de la puissance au cas où l'impuissance aurait été à tort alléguée.

De frigidis cap. Laudabilem, ubi dicitur, " a tempore celebrati " conjugii, si prius frigiditas probari non possit, secundum " authenticum legale, cohabitent per triennium."

Après ces trois ans expirés sans manifestation de la puissance, et sur l'accomplissement des formalités voulues, l'impuissance était déclarée.

On voit que notre article a pris le contre-pied de cette décrétale qui est d'Innocent III.

Article 118.

On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

SOMMAIRE.

80. Cet article nous offre un quatrième empêchement de mariage. La monogamie est seule reconnue parmi les chrétiens. La polygamie n'a jamais été en usage que parmi les païens et les infidèles.

81. Le droit canon ne reconnaît pas le divorce. Notre Code Civil a répété cette disposition. Un mariage contracté dans le Bas-Canada peut-il être dissous par un divorce prononcé par le Parlement Fédéral ?

82. Discussion de cette question. Nature du divorce. Il n'a jamais existé même chez les peuples païens, qu'à titre de tolérance. Il en était ainsi chez les Hébreux.

83. Le christianisme a proscrit le divorce. L'Eglise l'a toujours eu en horreur. Les protestants seuls l'ont accueilli et il répugne aux lois du Bas-Canada, qui a vu avec alarme, la disposition de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord au sujet du divorce. Cette disposition s'applique-t-elle à cette Province ?

84. Termes de la question établis. Citations du Traité de Paris et de l'Acte Impérial de Québec, pour prouver que les droits religieux des Bas-Canadiens leur ont été garantis aussi bien que leurs droits civils. Le pacte fédéral ne pouvait les en dépouiller.

85. Examiné à ce point de vue, le paragraphe 26 de l'article 91 de ce pacte, doit-il être interprété comme conférant au Parlement Fédéral le droit d'introduire le divorce dans le Bas-Canada ? Discussion. Règles sur l'interprétation judiciaire.

86. Suite.

87. Démarcation entre les pouvoirs du Parlement Fédéral et des Législatures locales. Comment vider les conflits qui peuvent se soulever entre les deux.

88. Suite. Conclusion.

89. Pour tous les habitants du Bas-Canada, un divorce prononcé par le Parlement Fédéral ne peut avoir l'effet de dissoudre un mariage contracté dans le Bas-Canada. Il existe cependant une distinction à cet égard entre les mariages protestants et les mariages catholiques.

90. Suite de cette distinction.

COMMENTAIRE.

80. Cet article rapproché de l'article 185 qui porte que : " le " mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des " conjoints, et que tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indisso- " luble," nous offre un quatrième empêchement de mariage. Il n'est pas douteux que dans les pays chrétiens, un seul mariage puisse subsister à la fois. Nous avons vu plus haut que l'unité du mariage est de son essence. Les pays infidèles reconnaissent seuls la pluralité des femmes mariées à la fois au même homme, que l'on appelle polygamie simultanée, par opposition à la polygamie successive qui se dit des nouvelles noces contractées par un des conjoints, après la mort de l'autre. Quant à ce qui est d'un mariage existant à la fois entre la même femme et plusieurs hommes et que l'on nomme polyandrie, ce fait quoiqu'il ne soit pas sans exemple, est plus rare que l'autre et répugne davantage à la nature. Les peuples de l'Orient et de l'Afrique, les musulmans et quelques peuplades sauvages de l'Asie et de l'Amérique, auxquelles on pourrait ajouter la tribu semi-barbare qui habite les bords du Lac Salé, reconnaissent seuls la polygamie simultanée. Les peuples de l'Occident l'ont toujours eue en horreur !

Pour ce qui est de l'unité du mariage, en ce sens, que du vivant des époux, le lien du mariage est indissoluble, il en a été autrement pour les peuples païens qui reconnaissaient le divorce, c'est-à-dire la rupture du mariage, et la légitimité d'un mariage subséquent, du vivant des deux conjoints. La législation romaine permettait le divorce qui ne fut supprimé que par le Christianisme.

81. Inutile de dire que le droit canonique a pour maxime fondamentale, l'indissolubilité du lien matrimonial autrement que par la mort. C'était aussi la maxime de l'ancien droit français, que n'a pas respecté le Code Napoléon, qui a établi le divorce, mais qu'une loi subséquente a fait disparaître. (1)

Le Code Civil du Bas-Canada conforme sur ce point au Droit Canon, a renouvelé la disposition de l'ancien droit sur l'indisso-

(1) La loi du 8 mai 1816.

lubilité du lien matrimonial. La dissolution n'en peut donc être produite que par la mort naturelle de l'un des conjoints et c'est ce que l'article 185 dit expressément.

Un mariage contracté dans le Bas-Canada, peut-il être dissous par un divorce prononcé par le Parlement Fédéral, tant sous le rapport du lien, que sous celui des effets civils ? En d'autres mots, une loi fédérale prononçant un divorce entre époux mariés en ce pays, peut-elle dissoudre leur mariage de manière à valider un second mariage de la part de l'un d'eux, ou des deux conjoints, avec une autre personne, contracté dans le Bas-Canada, du vivant de l'autre époux ?

Voilà une question bien grave, tant par les difficultés dont elle est entourée, que par les conséquences que sa solution doit entraîner, et qui touche aux plus hauts intérêts de l'ordre civil et religieux, on pourrait même dire de l'ordre politique !

82. Le divorce, *divortium*, ainsi appelé, disent les jurisconsultes romains : *à diversitate mentium aut quia in diversas partes ibant* D. 24 T. 2 L. 2 de *Divortiis*, le divorce, était en usage chez la plupart des peuples païens de l'antiquité, mais plutôt à titre de tolérance que d'institution utile. Solon, Romulus, Lycurgue et Numa le permirent mais ils y attachèrent l'infamie. La loi de Moïse le permit aussi pour causes déterminées, *mais à cause de la dureté de vos cœurs* répondit le Christ captieusement interrogé à ce sujet par les Pharisiens ! *Il n'en était pas ainsi dans le commencement !* (1) Ce fut non pas par une loi morale, mais par une loi de police que le Législateur des Hébreux fut forcé d'introduire le divorce parmi son peuple, pour éviter de plus grands malheurs. Les Israëlites nouvellement sortis de l'Egypte, avaient entre autres usages Egyptiens, apporté avec eux le divorce. Pour ne pas les rebuter par une trop brusque transition dans leurs mœurs, exposer la vie de la femme devenue insupportable et donner libre carrière à l'adultère, Moïse ne crut pas devoir le leur refuser. Mais de volontaire qu'il était auparavant et subordonné au seul caprice du mari, il le régularisa en ne l'accordant

(1) S. Mathieu, chap. XIX, v. 7 et 8.

que pour des causes déterminées, moyennant l'accomplissement de certaines formes juridiques et entre autres, en l'assujettissant au libelle de répudiation, *libellum repudii*, que devait envoyer à l'autre époux, celui qui provoquait le divorce.

Cependant cette atteinte aux lois morales des Hébreux et à la perfection d'un Code aussi religieux que celui de Moïse, fut toujours l'objet du vif regret des vrais adorateurs en Israël!

83. En sanctifiant le mariage, le Christianisme proscrivit le divorce. L'Eglise l'a toujours eu en horreur, et l'indissolubilité du mariage du vivant des époux, est une de ses maximes fondamentales. Ce fut également jusqu'à la Révolution de 1789, une maxime constante du droit français, excepté quelques exemples contraires que l'on attribue aux rois de la première race, et cette maxime n'a jamais cessé de faire partie des lois du Bas-Canada.

La légitimité du divorce jusqu'à la Réforme inconnue en Europe, paraît avoir été pour la première fois affirmée publiquement par la Confession d'Augsbourg en 1530 et depuis ce temps, les protestants d'Allemagne et des autres pays de l'Europe lui ont fait un accueil favorable. Pas n'est besoin de dire, (1) qu'une Cour de divorce existe aujourd'hui en Angleterre, et qu'il règne à l'état d'institution aux Etats-Unis. De fait le divorce ne répugne pas à la doctrine protestante.

Mais il n'en est pas ainsi pour les Catholiques en général et en particulier pour ceux du Bas-Canada, dont il blesse la conscience, et qui le regardent comme un acte hostile à leur foi religieuse.

Il n'est donc pas surprenant que ces derniers aient vu avec alarme l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, que nous appellerons le *pacte fédéral*, donner au Parlement du Canada, juridiction sur le mariage et le divorce, et le même Parlement passer plusieurs lois de divorce, dans ses différentes sessions. La crainte la plus légitime, même la crainte inspirée par une menace apparente aux institutions d'un peuple, est pourtant un sentiment qui n'a pas sa place dans un commentaire sur les

(1) Nous l'avons déjà vu sur le No. 35, note 1. Cette Cour a été établie par le Statut Impérial, 20 et 21 Vict. chap. 85, passé en 1857.

lois, et toute la question est de savoir si au point de vue légal, cette disposition du pacte fédéral peut avoir quelque effet, et quel effet, dans le Bas-Canada. Ou bien si applicable aux autres parties de la Confédération, elle n'est pas restée une lettre morte pour le Bas-Canada.

84. Etablissons d'abord les termes de la question.

Le traité de Paris a accordé aux anciens habitants du pays, que l'on a depuis appelés les nouveaux sujets anglais, le libre exercice de leur religion. L'acte de Québec a soumis toute la population, anciens comme nouveaux sujets, au régime des lois françaises. Ces lois régissant le mariage, repoussent à l'instar de la doctrine Catholique, le divorce auquel elles n'attribuent aucun effet civil ou religieux, et notamment auxquelles elles refusent la vertu de dissoudre le mariage.

L'Acte Impérial de Québec, par les circonstances sous lesquelles il a été passé, a été une loi constitutionnelle. On peut dire qu'il a été à certains égards, le complément du Traité de Paris, et qu'il a contenu en une certaine mesure, la réponse à la demande faite par le Marquis de Vaudreuil, qui, en livrant en 1760, Montréal aux causes anglaises, avait fait de la conservation des lois françaises un article de la Capitulation, en demandant : " que les Français et Canadiens " continuent à être gouvernés suivant la Coutume de Paris et " les lois et usages établis pour le pays," et auquel le Général Amherst avait répondu : " Ils deviennent sujets du Roi ! "

On l'a toujours considéré dans le pays, comme ayant eu les mêmes caractères obligatoires entre le Parlement Impérial et le Canada, que le Traité de Paris.

Un Traité fait entre peuples ou entre Souverains, ou de Souverains à peuples, a les mêmes caractères obligatoires qu'un pacte privé fait entre particuliers. Sans le consentement de l'autre, une partie ne peut, sans manquer à la justice, se soustraire à ses obligations. Or le Parlement Impérial ne pouvait en passant le pacte fédéral de 1867, enlever aux habitants du Bas-Canada les priviléges que leur ont accordés le Traité de Paris et l'Acte de Québec, qui leur assuraient la consération de leur Religion et leurs lois civiles, ou insérer

des dispositions ayant pour effet direct ou indirect, de blesser les sentiments religieux de la population ou d'entraver le fonctionnement de ses lois. Il ne l'aurait pu du moins, sans violation de la foi jurée ; et s'il l'eût fait, cette loi injuste, à proprement parler n'en serait pas une. Ce ne serait qu'un abus d'autorité revêtu des dehors de la législation, mais qui n'en aurait pas les véritables caractères. Les antécédents du Parlement Anglais se refusent d'ailleurs à cette supposition.

Ces prémisses établies, voyons la disposition du pacte fédéral, relativement au mariage et au divorce, et examinons si elle a donné au Parlement Fédéral le pouvoir de législation sur le mariage dans le Bas-Canada, et la faculté d'y introduire le divorce. Nous verrons ensuite si ce pouvoir et cette faculté (étant supposé qu'ils eussent été accordés) pourraient être légalement mis en vigueur, et quel effet ils pourraient produire ?

85. L'article 91 du Pacte Fédéral, en énumérant les attributions du Parlement Fédéral, dit que son pouvoir législatif s'étend entre autres matières, paragraphe 26, *au mariage et au divorce.* Cette disposition doit-elle être interprêtée comme conférant à ce Parlement le pouvoir de modifier les lois sur le mariage dans le Bas-Canada et d'y introduire le divorce ?

C'est là une pure matière d'interprétation légale, et comme telle sujette aux principes ordinaires qui régissent l'interprétation des lois.

Remarquons d'abord, que le pouvoir n'est pas expressément conféré au Parlement et que la loi ne dit pas nommément, que ce Parlement aura le droit de modifier les lois du mariage et d'introduire le divorce dans le territoire de la Puissance. En disant que le pouvoir de législation s'étend au mariage et au divorce, la loi peut avoir eu cette intention, mais elle ne le déclare pas en termes formels, et sa volonté en ce sens, n'est pas expressément déterminée. Ensuite le Bas-Canada n'est pas nommément désigné, comme étant spécialement une des Provinces de la Puissance où le Parlement Fédéral avait l'intention d'établir le divorce. Ce qui serait rigoureusement nécessaire pour lui appliquer la volonté de la loi,

en supposant qu'elle eût été expresse à l'endroit de l'établissement général du divorce dans la Puissance, composée de plusieurs Provinces. Ces circonstances sont sans doute suffisantes pour rendre douteux ou équivoque, le sens de cette disposition à l'endroit du Bas-Canada.

Les principes du droit en matière d'interprétation d'une loi ou d'une disposition légale dont le sens est douteux ou équivoque, sont les suivants : Le législateur a dit plus ou moins qu'il ne voulait dire, et dans le premier cas l'interprétation est restrictive, dans le second cas elle est extensive. (1) Il s'agit ici évidemment d'un cas d'interprétation restrictive, car la question est de savoir si, s'étant servi de termes généraux et ayant un sens indéterminé, en donnant au Parlement Fédéral un pouvoir de législation sur le mariage et le divorce, il n'est pas censé avoir excepté de ce pouvoir général, la faculté particulière de modifier les lois du mariage dans le Bas-Canada et d'y établir le divorce. Il s'agit donc ici de limiter ou de restreindre le sens des termes trop généraux de la disposition, pour la mettre en harmonie avec la volonté du législateur. Car ce qui fait la loi, ce ne sont pas les paroles du législateur, mais sa volonté.

86. Pour connaître cette volonté on rapproche les unes des autres les diverses parties de la loi, on consulte l'esprit de la loi, les lois antérieures sur le même sujet, et l'on pèse les conséquences des diverses interprétations pour choisir la plus logique et la plus raisonnable.

Ici en rapprochant les différentes parties de la loi, on trouve qu'après avoir défini les attributions du Parlement Fédéral, l' article 92, §12 et 13, fixe les divers chefs de compétence des Législatures Provinciales, parmi lesquels se trouvent indiqués : "La solennisation du mariage et les droits civils dans chaque "Province." Les droits civils résultant du mariage, de même que ce qui touche à sa solennisation, sont donc tous sous le contrôle des Législatures locales. Il y a donc ici conflit du moins apparent entre les deux pouvoirs, et ce conflit s'il ne

(1) Donellus, de jure civili, lib. I, cap. XIV.

peut se concilier, aura suivant la règle ordinaire, pour effet de faire abroger la première disposition qui est ici celle qui donne compétence sur le mariage et le divorce au Parlement Fédéral, par la seconde qui l'attribue aux Législatures Provinciales. C'est là la règle ordinaire d'interprétation. Mais ce conflit n'est pas inconciliable si l'on recherche la raison de la loi, c'est-à-dire le motif qui a porté le législateur à la faire, le but qu'il a voulu atteindre en la faisant, et son économie générale.

87. En fédéralisant les Provinces Anglaises en Amérique, le but du Parlement Impérial a été un but tout politique, la prospérité des Provinces et de l'Empire Britannique. Les intérêts publics des Provinces confédérées ont été placés sous l'égide du Parlement Fédéral, mais leurs intérêts particuliers ont été confiés à leurs gouvernements particuliers. Le droit public ou politique est tombé dans les attributions du Parlement Fédéral, et le droit privé ou civil dans celles des Législatures locales. Tel est l'esprit général de la loi et la grande ligne de démarcation entre les pouvoirs des deux gouvernements.

La règle à suivre pour vider le conflit est de rechercher à quel droit, public ou privé, appartient le sujet qui le provoque. Ici il n'est pas douteux qu'il appartient au droit privé, car quoique les mariages tiennent à l'ordre public à certains égards, c'est chez tous les peuples, le droit privé canonique ou civil qui en traite. Le conflit soulevé ici devrait être décidé en faveur des Gouvernements Provinciaux et l'on devrait dire, que ni le mariage ni le divorce qui en est la dissolution, ne sont tombés sous le contrôle du Gouvernement Fédéral.

Mais ce résultat qui tendrait à déclarer comme non-écrite et sans effet la disposition du paragraphe 26 de l'article 91 du Pacte Fédéral, serait dur et produirait des conséquences en désaccord avec l'ensemble de la loi. Il créérait surtout de fâcheuses perturbations dans les faits législatifs accomplis depuis la Confédération.

88. Il est un terme moyen, un tempérament à adopter, et ce tempérament croyons-nous, résulte de la seule interprétation qu'on puisse donner aux deux dispositions en question. Ce

serait d'interpréter le pacte Fédéral comme donnant au Parlement Fédéral le droit d'introduire le divorce dans toutes Provinces de la Confédération où il ne répugne ni à la Constitution antérieure ni à la loi civile, en vigueur lors de la Confédération.

Que ce soit là l'intention du pacte fédéral, nous le prouvons par les inductions tirées des lois antérieures, et les conséquences qui résulteraient d'une interprétation contraire. Ces lois antérieures sont comme nous l'avons vu, le Traité de Paris, accordant aux Catholiques du Bas-Canada le libre exercice de leur Religion, l'Acte de Québec et toute la législation subséquente octroyant à tous les habitants, Catholiques et Protestants, l'usage des lois françaises. Or le catholicisme et le droit français sont essentiellement hostiles au divorce. Pourrait-on supposer que le Parlement Impérial en confédérant les Provinces, aurait eu l'intention de violenter les habitants de l'une ou de plusieurs d'elles, à un endroit aussi sensible que celui de la Religion et des lois civiles. C'est pourtant ce résultat que produirait par ses conséquences, l'interprétation que nous combattons.

89. Pour tous les habitants du Bas-Canada donc, pour les catholiques pour le double motif tiré de leur foi religieuse et de leurs lois et pour les protestants de leurs lois seules, qui déclarent par les Articles 118 et 185 précités du Code Civil, antérieur à l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, que le mariage ne se dissout que par la mort, le divorce n'en peut pas être considéré comme une cause de dissolution.

Il faut cependant faire à cet égard une distinction entre les mariages catholiques et les mariages protestants. Le divorce n'est pas hostile aux croyances religieuses des derniers. Ainsi supposant que l'intention du pacte fédéral eût été de permettre le divorce dans la Province de Québec, comme dans le reste des Provinces confédérées, et qu'il en eût le pouvoir, un divorce ne pourrait toujours pas avoir d'effets civils sur le premier mariage ou les conférer au second. La raison en est évidente. Les effets civils du mariage sont régis par le droit privé. Le Parlement fédéral est sans compétence sur la

propriété et les droits civils dans cette Province, qui comme les autres, est par le paragraphe 13 de l'article 92 revêtue de la compétence exclusive sur cette matière. Donc en vertu de ces articles 118 et 185 qui déclarent le mariage indissoluble du vivant des époux, supposant que cet article n'opèrerait que sur les rapports civils du mariage et ne toucherait pas au lien conjugal, il résulterait forcément que le second mariage ne produirait pas d'effets civils et serait totalement répudié par la loi civile.

90. Ainsi le paragraphe 26 de l'article 91 du pacte fédéral, le paragraphe 13 de l'article suivant et les articles 118 et 185 du Code Civil, ont placé les protestants du Bas-Canada, dans ce dilemme : Les articles 118 et 185 ont opéré sur le lien conjugal qu'ils déclarent indissoluble du vivant des époux, ou ils ont opéré sur les effets civils du mariage seulement. Dans le premier cas, un divorce accordé par le Parlement fédéral à des époux protestants est nul sous les deux rapports et le second mariage est un concubinage ; ou ils ont opéré sur les effets civils seulement, et alors le second mariage sera privé d'effets civils. La première femme ou le premiermari conserveront tous les droits civils que leur a conférés le premier mariage et il en sera ainsi des enfants nésdu premier mariage qui seront seuls les enfants légitimes des premiers époux ; ceux nés du second seront des bâtards adultérins aux yeux de la loi civile et les premiers conserveront dans leur intégrité les droits qui leur appartiendraient s'il n'y avait eu qu'un mariage, ou si celui dont ils sont nés avait subsisté jusqu'au décès du prémourant de leurs père et mère.

Dans la succession des époux divorcés ils hériteront seuls au préjudice des enfants nés du mariage de l'un des époux divorcés, ou du double mariage des deux, sans que les seconds enfants puissent jamais réclamer le bénéfice des articles 163 et 164, qui portent que le mariage nul produit des effets civils, tant à l'égard des époux que des enfants, s'il a été contracté de bonne foi par les époux, et en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants, si la bonne foi n'existe que d'un côté. Car ici le mariage ayant été contracté en fraude de la loi ne peut jamais être considéré comme un mariage de bonne foi. Ce que

l'on dit des enfants du mariage subséquent on peut le dire du second époux.

Pour les catholiques, il est clair que le second mariage serait frappé de nullité absolue sous les deux rapports, que les enfants nés de ce second mariage seraient des bâtards adultérins au double point de vue du lien et des effets civils, et que le divorce prononcé par le Parlement fédéral au mépris de la foi des traités serait frappé de nullité absolue.

Article 119.

Les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis, pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leur père et mère ; en cas de dissentiment le consentement du père suffit.

SOMMAIRE.

91. La peine attachée à la violation de cet article est la nullité. Rapprochement de l'article 148 du Code Napoléon.
92. Ici se présente l'occasion d'appliquer la distinction entre la compétence du pouvoir ecclésiastique et du pouvoir civil relativement aux effets civils et aux effets religieux du mariage. Citation du Décret de Réforme du Concile de Trente au sujet des mariages clandestins.
93 Il résulte de ce décret que le Concile tout en déclarant que l'Eglise a toujours eu en horreur les mariages des fils de famille contractés sans le consentement des parents, elle ne les a pas déclarés invalides.
94. Preuve de la défaveur dans laquelle l'Eglise a toujours tenu ces mariages et qu'elle les prohibe.
95. La question roulait sur l'étendue des effets de cette prohibition. Il ne faut pas perdre de vue que l'ancienne législation française n'avait pas déclaré ces mariages invalides. Cette nullité était une nullité d'autorité et non d'Ordonnance.
96. Citation de Pothier aux Nos. 225, 226, 227 et 228 de son Traité du Contrat de Mariage.
97. Suite des citations.
98. Résumé du sens de ces citations.
99. Citation de l'opinion du Chancelier d'Aguesseau sur le même sujet.
100. Critique de cette opinion.
101. Continuation de cette critique.

102. Continuation de cette critique et de celle de Pothier et des autres auteurs gallicans, sur la nullité du mariage des mineurs contracté sans le consentement des parents.

103. Il n'existe pas dans les termes du droit de rapt de séduction.

104. Cependant la nullité de ces mariages étant prononcée par notre article, opère, mais seulement sous le rapport des effets civils.

105. L'obligation d'obtenir le consentement de leurs parents pour se marier, s'applique à tous les mineurs veufs ou émancipés. Ce consentement doit dans la théorie, être donné par les deux parents, le père et la mère.

106. Dans la pratique, le consentement du père est seul exigé, et il doit être donné en même temps que la publication des bans est requise.

COMMENTAIRE.

91. Le sens de cet article est clair. Les mineurs de 21 ans pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leurs parents. Quelle est la peine attachée à la violation de cette obligation, c'est-à-dire quelle est la peine du mariage des mineurs contracté sans ce consentement ? Il n'est pas douteux que l'obtention du consentement des parents est une forme substantielle et que la peine est la nullité du mariage. Il est vrai que le Titre 148 du Code Napoléon dont le nôtre reproduit la disposition dit simplement : " Le fils qui n'a pas atteint l'âge " de 25 ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans " accomplis *ne peuvent* contracter mariage sans le consentement " de leurs père et mère" et ne prononce pas nommément la peine de nullité. Le conteste de cet article diffère du nôtre, en ce que le Code français dit *ne peuvent*, et le Code Bas-Canadien *doivent*. Cependant il est clair d'après l'ensemble du titre, la place que tient l'article 119 dans le chapitre des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, c'est-à-dire dans le chapitre des empêchements dirimants du mariage, et surtout l'article 150 placé dans le chapitre des Demandes en nullité de mariage, et qui porte que " le mariage contracté au mépris du présent article et des suivants ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis," il est clair, dis-je, que le défaut de consentement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs est considéré par le Code comme un empêchement dirimant qui produit la nullité du

mariage. Il en est ainsi de l'article 148 du Code Français, au dire de tous les auteurs. Mais cette nullité porte-t-elle sur le lien du mariage aussi bien que sur ses effets civils ?"

92. Nous avons déjà traité de l'incompétence du pouvoir civil à imposer des empêchements dirimants du mariage des Catholiques, comme sacrement ou sous le rapport du lien. Nous avons ajouté à maintes reprises, que la compétence de l'État se bornait aux effets civils, ou a déclarer que le mariage contracté au mépris des conditions essentielles imposées par la loi civile à la validité du mariage, le rendait incapable de produire les effets civils. Ici se présente l'occasion de faire l'application de cette doctrine.

Remarquons cependant que quoique l'Eglise ne reconnaisse pas la nullité du mariage des mineurs par le défaut de consentement de leurs père et mère, et qu'elle ait anathématisé la proposition contraire dans le Concile de Trente, elle n'en a pas moins ces mariages en horreur. Cela ressort du texte même du Décret de Réformation à cet égard, passé dans la 24e session du Concile.

" Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins " contractés du consentement libre et volontaire des parties, " ne soient valides et de véritables mariages, tant que l'Eglise ne " les a pas rendus nuls, et qu'il faille par conséquent condamner " comme le Saint Concile les condamne d'anathème, ceux qui " nient que tels mariages soient vrais et valides, et qui sou- " tiennent faussement que les mariages contractés par les " enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, " sont nuls, et que les pères et mères les peuvent rendre bons " ou les rendre nuls. La Sainte Eglise néanmoins les a tou- " jours EUS EN HORREUR *et toujours défendus pour de très-justes* " *raisons.* Mais le Saint Concile s'apercevant que toutes " ces défenses ne servent plus de rien maintenant que le monde " est devenu si rebelle et si désobéissant, et considérant la " suite des péchés énormes qui naissent de ces mariages clan- " destins et particulièrement l'état misérable de damnation où " vivent ceux, qui ayant quitté la première femme qu'ils " avaient épousée clandestinement, en épousent publiquement

" une autre et vivent avec elle, dans un adultère continuel ;
" auquel mal, l'Eglise qui ne juge pas des choses secrètes et
" cachées ne peut apporter de remède, si elle n'a recours à
" quelque moyen plus efficace. Pour ce sujet, suivant les
" termes du Concile de Latran, tenu sous Innocent III, ordonne
" le dit Saint Concile, qu'à l'avenir avant que l'on contracte
" mariage, le propre curé des parties contractantes annonce
" publiquement dans l'Eglise pendant la Messe solennelle, par
" trois jours de fête consécutifs, les noms de ceux qui doivent
" contracter ensemble, et qu'après les publications ainsi faites,
" s'il n'y a point d'opposition légitime, on procède à la célébra-
" tion du mariage, en face d'Eglise, où le Curé après avoir
" interrogé l'époux et l'épouse, et avoir reconnu leur consente-
" ment réciproque prononcera ces paroles : *Je vous unis en-*
" *semble par le lien du mariage, au nom du Père du Fils et du*
" *Saint Esprit, ou bien, il se servira d'autres paroles suivant*
" *l'usage du pays.....*" (1)

(1) *Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata, et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit ; et proinde jure damnandi sint illi, ut eos S. Synodus anathemate damnat. qui ea vera, ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata, vel irrita facere posse ; nihilominus S. Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata, atque prohibuit. Verum, cum S. Synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inobedientiam jam non prodesse, et gravia peccata perpendat, quæ ex eisdem clandestinis conjugiis ortum habent, præsertim vero eorum, qui in statu damnationis permanent, dum priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt ; cui malo cum ab Ecclesia, quæ de occultis non judicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur ; idcirco sacri Lateranensis Concilii sub Innocentio III, celebrati, vestigiis inhærendo, præcipit, ut in posterum, antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium Parocho, tribus continuis diebus festivis, in Ecclesia inter Missarum solemnia publice denunciatur, inter quos matrimonium sit contrahendum : quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie Ecclesiæ procedatur ; ubi Parochus, viro et muliere intererogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat : Ego vos in matrimonium conjungo, in nomini Patris, et Filii, et Spiritus sancti : vel aliis utatur verbis, juxta receptum uniuiscujusque provinciæ ritum.*

93. Il résulte de cette partie du décret que les mariages clandestins, c'est-à-dire ceux qui avaient été contractés sans témoins, sans publication de bans et sans le consentement des parents, étaient de véritables mariages, que les personnes qui niaient qu'il en fût ainsi et qui soutiennent maintenant que les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que les parents peuvent à leur gré les rendre nuls ou valides, sont condamnés avec anathème : que l'Eglise a néanmoins toujours eu en horreur ces mariages, c'est-à-dire les mariages clandestins et les mariages des enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, et qu'elle les a toujours défendus pour de très-justes raisons ; que c'est parce que le monde devenu rebelle ne tient pas compte de ses défenses, et se livre aux graves péchés qui naissent de ces mariages clandestins dont un des vices est signalé dans le mariage des mineurs contracté sans le consentement de leurs parents, que la publication des bans et l'accomplissement des formalités usitées par le quatrième Concile de Latran ont été ordonnés par le Concile de Trente.

L'Eglise qui suivant le quatrième précepte du Décalogue a toujours commandé aux enfants d'honorer leurs père et mère, a donc toujours eu en horreur les mariages des enfants contractés contre le gré de leurs parents et les a toujours défendus. Cette défense est également adressée aux enfants qui se marient et aux prêtres qui célèbrent les mariages. Notons cet accord des deux législations ecclésiastique civile dans la prohibition de ces mariages, bien que la sanction imposée par le droit civil qui est la nullité, ne soit pas celle du droit canonique qui déclare le mariage valide quoique illicite.

94. Le droit Antéjustinien n'était pas formel sur la nullité du mariage des enfants mineurs et des enfants majeurs non émancipés, sans le consentement de leur père. Cette nullité semblerait découler de l'organisation de la famille romaine et de l'étendue de l'autorité paternelle, qui comprimait tellement la liberté des enfants sous la puissance du chef de la famille père ou l'aïeul, qu'ils ne pouvaient faire valablement sans

son consentement aucun acte civil, (1) mais quelques auteurs pensent qu'elle ne fut prononcée que par Justinien. (2)

Le Droit Canonique dont pendant tout le moyen-âge et jusqu'à la Réforme, les peuples de l'Europe suivirent exclusivement la législation sur le mariage, était trop imbu de l'esprit de la Législation Justinienne, pour ne pas en propager les dispositions sur la soumission des enfants à l'autorité paternelle relativement au mariage. Cette soumission était d'ailleurs en harmonie avec les

(1) Comme cette incertitude jetée sur le sens de l'ancienne législation romaine, relativement à la nullité du mariage des enfants sans le consentement paternel, semble blesser les notions reçues, nous aurons à nous appuyer sur un auteur d'une grande éminence, Laferrière, qui à l'Appendice XII de son troisième volume de l'Histoire du Droit Français, page 525 et suivantes, s'exprime ainsi :

" Le second point, que nous voulons éclaircir, est relatif au vice du ma-
" riage, par défaut de consentement du père et de ceux sous la puissance
" desquels se trouvent les époux.

" Dans notre premier volume, nous nous occupons du Droit civil de
" Rome sous la République ; dans le deuxième, nous nous occupons du
" Droit gallo-romain, et c'est, par conséquent, le droit antérieur à Justi-
" nien qui fait alors l'objet de nos recherches et de nos explications histo-
" riques.

" Nous disons en note, dans le tome Ier (p. 64, note 5) : " Le consente-
" ment même des époux faisait le mariage, à ce point qu'en droit romain
" le père ne pouvait faire annuler le mariage contracté sans son aveu."
" C'est une observation donnée ici sans preuve et *per transennam*.—Mais
" au tome II, où la question devenait plus opportune, nous la traitons
" dans le texte et dans les notes (p. 453, note 5). Nous disons : " Le ma-
" riage se fait avec le consentement du père ou de l'aïeul ; mais si ce con-
" sentement n'est pas intervenu, la puissance paternelle ne peut faire pro-
" noncer la nullité : quelque grande qu'elle soit, en droit romain, elle
" s'arrête devant l'intérêt public des mariages ; elle a une action pure-
" ment préventive ; elle peut s'opposer, et non anéantir ; en un mot, et
" pour employer une locution moderne, le défaut de consentement du père
" est un empêchement *prohibitif* que le magistrat peut écarter, et non un
" empêchement *dirimant*. Un rescrit d'Alexandre Sévère avait cependant
" fait une distinction, d'après laquelle le père qui s'était opposé au ma-
" riage du fils de famille pourrait ne pas reconnaître pour ses petits-fils
" les enfants issus de cette union. Or, le Droit gallo-romain avait admis
" cette distinction entre le mariage contracté sans le consentement du

(2) Voyez après la note sur le No. 122.

idées chrétiennes, nous venons de le voir ; et il eut été étonnant que l'Eglise eut sanctionné une doctrine contraire.

94. La seule controverse à cet égard, était soulevée sur l'étendue des effets de la prohibition, les uns soutenant qu'elle comportait la nullité du mariage et les autres affirmant le contraire. Nous avons vu le Concile de Trente donner raison à la dernière opinion.

" père, et celui contracté malgré sa volonté formelle... Le père qui avait " contredit n'était pas obligé de reconnaître les effets du mariage, lequel " cependant n'était point nul aux yeux de la société pour les époux et " leurs enfants : disposition imparfaite, et qui portait atteinte à l'indivisi- " bilité de l'état des personnes."

" A cette doctrine, qui se rapporte au Droit romain observé dans les " Gaules des IVe et Ve siècles, on a cru devoir nous opposer le Droit de " Justinien, qui déclare le consentement du père nécessaire à la validité " du mariage. Nous ne l'ignorions pas, probablement, et la preuve, c'est " que dans la note 7 de cette même page 454, nous disions : " Justinien " regarde comme non avenu le mariage contracté en contravention aux " *règles prescrites*, y compris le *consentement des parents* : Si adversus ea, " nec vir nec uxor, nec nuptiæ." (*Inst.* 1, 10, proœm. et § 12.)—Mais la " question n'est pas pour nous dans le Droit de Justinien ; la question est " de savoir si, d'après le rescrit d'Alexandre Sévère, si, d'après les sen- " tences de Paul, que Constantin avait déclarées obligatoires pour les juges " de toute la Gaule, il y avait vice et dissolution du mariage. Or, les Sen- " tences portaient : " Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate " ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed *contracta non solvuntur*." " (Sent., 11, 19.)

" L'interprétation, qui avait force de loi dans la Gaule du Midi, en don- " nait le motif : " C'est dans l'intérêt public, que l'antiquité a décrété que " l'union contractée, en vue de la procréation des enfants, ne *devait pas* " *être dissoute :* Quia ad publicam utilitatem antiquitas pertinere decrevit " ut, procreandorum liberorum causâ, conjunctio facta *non debeat sepa-* " *rari*."—Les anciennes Formules, selon la Loi Romaine, prouvent que ce " principe avait passé dans la pratique des provinces de la Gaule ; et mille " ans après, Cujas, qui comparait le droit des Sentences de Paul avec " celui des Institutes de Justinien, disait, après avoir rapporté le passage " des Sentences : " Elle est imparfaite, cette loi civile, d'après laquelle un " mariage peut être contracté malgré la volonté du père ; elle regarde " l'épouse, les enfants, le mariage, comme n'étant pas selon le Droit, et " cependant elle n'en prononce pas la dissolution : *Imperfecta illa lex civilis*

Nous avons établi plus haut, (1) qu'il n'existait en France sous l'ancien droit, aucun texte législatif infirmant la doctrine du Concile et prononçant l'invalidité du mariage des enfants mineurs contracté sans le consentement de leurs parents.

Ce n'est pas qu'en répétant cette assertion, nous perdions de vue le fait que par les articles 40 et 41 de l'Ordonnance de Blois, il est défendu aux enfants mineurs de contracter mariage sans le consentement de leurs parents ; qu'il soit strictement défendu aux curés et aux vicaires de célébrer tels mariages, et que par l'Ordonnance de Louis XIII faite en 1729 (art. 39) il est dit que l'Ordonnance de Blois touchant les mariages clandestins sera exactement observée, "Voulant" ajoute la seconde de ces Ordonnances, celle de 1629, "que tous "mariages contractés contre la teneur de la dite Ordonnance, "celle de Blois, soient déclarés non valablement contractés ;' mais on sait que cette Ordonnance de 1629, ridiculisée par l'appellation de Code Michaud, n'ayant pas été valablement enregistrée au Parlement de Paris, n'y a jamais été considérée comme étant en vigueur. (2)

Nous avons vu que les peines portées par les lois n'allaient pas jusqu'à prononcer la nullité de ces mariages. Cependant la jurisprudence des arrêts interprétait ces lois dans le sens de

"*nuptias injussu parentis contrahi ; censet enim uxorem injustam, injus-*
"*tos liberos, injustas nuptias, nec eas tamen dissolvi.*" (Obs. III, 5.)

"Il n'y a donc pas le moindre doute possible sur le passage des Sen-
"tences de Paul et sur le vrai sens des mots *matrimonia... sed contracta*
"*non solvuntur.* Il est bien certain que le jurisconsulte s'occupe du ma-
"riage contracté sans le consentement du père, et qu'il déclare que ce
"mariage *ne peut être dissous.* Il est bien certain aussi que ce droit avait
"été pratiqué dans les Gaules, à raison du caractère obligatoire des Sen-
"tences de Paul, proclamé d'abord par Constantin en l'an 337, et con-
"firmé par Valentinien en l'an 426."

(1) No. 17.

(2) L'Ordonnance de 1629 eût-elle été en vigueur, qu'il n'en serait pas moins vrai que cet article 39 nè pourrait s'appliquer au mariage, que pour les effets civils, et qu'il a été ainsi expliqué par les Commissaires nommés par le roi Louis XIII, sur les remontrances du clergé.—*Voyez* Code Matrimonial par Camus, vol. 1, note 6 de la page 113.

Université d'Ottaviensis BIBLIOTHECA Facultas Juris Civilis

la nullité, et les Parlements, sur les appels comme d'abus, invalidaient les mariages.

La discussion de la compétence si controversée des Parlements en cette matière, n'offre aujourd'hui aucun intérêt pratique. Il en est de même de la rectitude de l'interprétation donnée aux Ordonnances précitées de Henry II, de Henry III et de Louis XIII ; qu'il suffise de dire que ce n'est qu'en assimilant semblable mariage des enfants mineurs au rapt de violence, qui est un empêchement dirimant du mariage suivant le Concile de Trente, tant que la personne ravie est en la puissance du ravisseur, que les auteurs et les arrêts ont proclamé la nullité de ces mariages. Voici comment Pothier s'exprime à cet égard. Contrat de Mariage, IVe Part. Ch. 1er, Sect. 11, No. 326.

95. " Quoique ces lois que nous venons de rapporter, en condamnant les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs père et mère, paraissent se borner à infliger des peines aux enfants qui les contractent et à ceux qui y ont pris part, et qu'aucune n'ait déclaré en termes formels et précis, que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère, sont nuls ; néanmoins si on considère attentivement l'esprit de ces lois, on découvrira facilement qu'elles réputent nuls et non valablement contractés tous les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère."

" L'art. 40 de l'Ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté, en défendant aux curés de passer outre à la célébration du mariage de ceux qui sont enfants de famille ou en puissance d'autrui, s'il ne leur apparaît du consentement des père et mère, tuteurs ou curateurs, sous peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt*, le donne assez à entendre, puisque l'ordonnance veut que les curés soient en ce cas poursuivis comme *fauteurs du crime de rapt*, pour cela seul qu'ils ont marié un mineur sans le consentement de ses père ou mère : elle suppose donc qu'un mariage de mineur doit passer pour entaché *du vice de séduction*, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, n'y ayant qu'une

grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ce devoir. Mais si le mariage d'un mineur, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, est réputé entaché du vice de séduction, c'est une conséquence nécessaire qu'il est pour cela seul réputé nul et non valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage, et étant un empêchement dirimant du mariage ; *suprà*, Nos. 225 et 228."

Référant maintenant aux Nos. 225 et 228 que l'auteur cite ici, auxquels nous ajouterons la citation intermédiaire des Nos. 226 et 227 nous lisons ce qui suit :

§ I. *Du Rapt.*

96. No. 225. " Le rapt formait autrefois un empêchement dirimant du mariage entre le ravisseur et la personne ravie, qui était perpétuel et durait, soit qu'elle fût encore, soit qu'elle eût cessé d'être en la puissance du ravisseur."

" Justinien, L. *un. Cod. de Rapt. virg.*, dit : *Nec sit facultas raptæ virgini vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere* ...NULLO MODO, *nullo tempore datur licentia, etc.*"

" Les Capitulaires de Charlemagne ordonnent pareillement que celui qui a ravi une fille, *unquam ullam uxorem habeat ;* 6, 60. *Eas nullatenùs habeant uxores ;* 7, 395."

" Le concile de Pavie, *Ticinense*, cap. 10, tenu en 850, dit aussi, *Puellæ ipsis à quibus raptæ sunt, legitimæ demum uxores nullatenus esse possunt.*"

226. " Depuis, la discipline a changé. Innocent III décide que la personne ravie peut contracter mariage avec le ravisseur, si elle se détermine librement à y consentir ; cap. Extr. 7 *de Raptoribus.*"

227. " Le concile de Trente a pris un parti moyen : il ne permet pas le mariage entre la personne ravie et le ravisseur, tant qu'elle est en sa puissance, quelque consentement qu'elle y donne : *S. Synodus decrevit, inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium ;* et en cela il corrige le droit des Décrétales. Mais il permet ce mariage, lorsque la personne ravie le con-

tracte après qu'elle a cessé d'être en la puissance du ravisseur, *à raptore separata, et in loco tuto constituta :* et en cela il s'écarte de la rigueur de l'ancien droit."

" Notre droit est conforme en ce point à la discipline du con-
" cile de Trente. L'ordonnance de 1139, art. 5, déclare nuls
" les mariages faits avec ceux qui ont ravi des veuves ou filles,
" de quelque âge ou condition qu'elles soient, sans que par le
" temps ni par le consentement des personnes ravies, de leurs
" père et mère, tuteurs, ils puissent être confirmés, *tandis que*
" les personnes ravies sont en la puissance du ravisseur."

§ II. *De la séduction.*

228. " Nous entendons ici par *séduction*, lorsque, sans employer la violence, mais par des mauvaises voies et par de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage."

" La séduction, dans notre droit français, n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage, que le rapt : nous le regardons même comme une espèce de rapt, et nous l'appelons *rapt de séduction.*"

97. Pothier admet donc 1o. Qu'avant l'ordonnance de Henry II et celle de Blois, les anciens capitulaires qu'il cite des Rois de la première et de la seconde race étaient tombés en désuétude, et qu'il n'existait pas de texte de loi, prononçant la nullité du mariage des mineurs sans le consentement de leurs père et mère. 2o. Que les ordonnances de Henry II, celle de Blois et l'ordonnance de 1639 rendue par Louis XIII ne prononcent pas nommément la peine de nullité du mariage des mineurs enfants de famille, c'est-à-dire, ayant leurs père et mère ou l'un d'eux, contracté sans leur consentement, et que ce n'est que sur l'interprétation des auteurs, et les arrêts des Parlements qu'était fondée la jurisprudence établie de son temps, sur la nullité de ces mariages. 3o. Que c'était en assimilant la conduite de l'époux majeur ou des parents vis-à-vis l'époux mineur ou la conduite mutuelle de deux époux mineurs vis à vis l'un de l'autre, au crime de rapt, crime qui implique la violence, auquel l'auteur compare la séduction qu'il appelle

rapt de séduction, que la nullité du mariage en était la conséquence ou la peine.

98. D'Aguesseau, dont Pothier admet avoir tiré les principes qu'il énonce, de son plaidoyer prononcé comme avocat-général dans la cause de Melchior Fleury et son fils contre la Dame de Razac et la Demoiselle sa fille, devant le Parlement de Paris, prononcé le 27 Avril 1694 et rapporté au troisième volume de ses Œuvres, fait les mêmes admissions, et est forcé de reconnaître que la nullité est une nullité *d'autorité*, c'est-à-dire tirée des décisions des tribunaux et non des Ordonnances ou des textes positifs. Il ajoute pourtant un motif de nullité tiré du texte même de l'ordonnance de 1639, qui fait défense à tous prêtres, de célébrer aucun mariage s'il ne leur apparaît du consentement des père et mère, tuteurs ou curateurs des contractants, à peine d'être déclarés fauteurs du crime de rapt. " L'Ordonnance, continue l'éminent Magistrat, considère donc " un tel mariage comme un véritable rapt. Par cela seul que " le prêtre a marié un fils de famille sans être assuré du con- " sentement du père., il est déclaré fauteur du crime de rapt. " Donc par cela seul que le fils se marie sans le consentement " de son père, la loi *présume* qu'il est suborné, qu'il est ravi " ou à lui-même, s'il n'y a pas consenti effectivement, ou à son " père et à sa famille, si la passion lui a arraché un consente- " ment illégitime."

" C'est une *présomption légale* écrite dans l'ordonnance, et " tant qu'elle n'est point *détruite par des présomptions con-* " *traires*, il est impossible de confirmer un mariage que la loi " ne regarde que comme une véritable séduction."

99. Le moyen de nullité tiré par D'Aguesseau, de la disposition de l'Ordonnance, déclarant le prêtre qui célèbre le mariage d'un enfant sans le consentement de son père, fauteur du crime de rapt, ne me paraît pas concluant pour plusieurs raisons. La peine est ici portée contre le prêtre et non contre le mariage. Les peines criminelles, et il s'agit ici d'une peine de cette nature, sont arbitraires et subordonnées au bon plaisir du législateur, sans produire d'autres conséquences que celles qu'il a prononcées. Qui empêchait l'auteur de

l'ordonnance de 1639 de porter contre le prêtre célébrant un mariage au mépris des dispositions de la loi, et cela à titre d'exemple, une autre peine que celle portée contre les conjoints ou l'un des deux ?

De ce qu'une loi dirait, qu'à raison de la participation d'un tiers à la perpétration d'un acte jusque là non réputé criminel, ce tiers sera puni comme fauteur d'un crime, l'acte sera-t-il considéré comme criminel dans la personne des perpétrateurs sans que la loi le dise expressément ? Une interprétation semblable serait certainement un renversement des principes en législation criminelle, dont les dispositions sont de droit très étroit *Strictissimi Juris*, et où les actes non défendus par le droit naturel, ont besoin pour être érigés en crime, d'une disposition positive.

100. Le mariage d'un mineur sans le consentement de son père, n'impliquait pas d'ailleurs devant les tribunaux français et du temps de D'Aguesseau même, le crime de rapt contre l'époux majeur et les autres personnes majeures qui y avaient pris part, sans une preuve extérieure de faits de rapt ou de machinations criminelles. La cause même dans laquelle D'Aguesseau a prononcé le plaidoyer que je cite, et ses conclusions le font voir. Dans cette cause le Sieur Fleury avait fait informer criminellement devant le Châtelet de Paris contre la Dame de Razac, sur accusation de rapt, à l'occasion du mariage de son fils mineur avec la Demoiselle de Razac, et le 26 Mars 1694, le Lieutenant-Criminel avait mis hors de cour la Dame de Razac et sa fille. Le Sieur Fleury appelait de cette sentence devant le Parlement, en même temps qu'il se pourvoyait comme d'abus contre la célébration du mariage. Les conclusions de D'Aguesseau furent, de faire déclarer, sur l'appel comme d'abus, le mariage nul et abusif, et à ce que sur l'appel de la sentence du Lieutenant du Châtelet, les parties fussent renvoyées à se pourvoir. Il reconnaissait donc que la nullité du mariage était indépendante du crime de rapt, dont l'existence ne s'inférait pas nécessairement de la célébration du mariage sans le consentement du père.

101. Ne vient-il pas de dire que le crime de rapt existe

en vertu d'une présomption légale écrite dans l'Ordonnance, et que cette présomption peut être détruite par des présomptions contraires ? Il est d'ailleurs de maxime que deux peines ne peuvent exister pour la même offense.

102. Il résulte des remarques qui précèdent, que la nullité du mariage des enfants mineurs, contracté sans le consentement de leurs parents était en France, l'œuvre de la jurisprudence et non de la loi. Cette jurisprudence était fondée sur la comparaison du défaut de consentement au crime de rapt de violence, en vertu d'une présomption créée par les tribunaux et dont l'insuffisance est évidente. L'on suppose que la personne mineure a été ravie. Voilà une supposition qui ne manque pas de plausibilité dans certaines circonstances, mais qui est d'une grande invraisemblance dans d'autres. Si une fille mineure est épousée contre le gré de ses parents, par un garçon majeur, on peut avec certaine probabilité conclure contre l'époux au rapt ou à la violence. Mais si le garçon et la fille sont tous deux mineurs, si la fille est plus âgée que le garçon, si surtout c'est le garçon mineur dont le mariage a eu lieu sans le consentement de son père avec une fille majeure, en viendra-t-on à la même conclusion ? N'y aurait-il pas inconséquence à dire dans la dernière hypothèse, qu'un garçon à été enlevé par une fille, et dans la première, que deux personnes se sont ravies mutuellement ? C'est pourtant la conséquence qu'il faudrait adopter, car la présomption de rapt dont parlent les auteurs a toujours lieu au profit du mineur contre le majeur ! Dans la cause de la Dame de Rouville appelante devant le Conseil Supérieur en Juin 1741 comme d'abus de la célébration du mariage de son fils mineur avec la fille majeure du Lieutenant de Leigne, citée plusieurs fois dans cet ouvrage, la Cour fidèle à la tradition des Parlements, a déclaré que le Sieur de Rouville avait été l'objet d'un rapt.

103. Les auteurs, Pothier entre autres, ont senti ce que l'assimilation absolue du mariage d'un mineur, simplement célébré sans le consentement des parents, avec le rapt de violence peut

avoir de forcé en thèse générale, et d'absurde dans des cas particuliers. Aussi ont-ils tenté d'adoucir l'aspérité de ce rapprochement, en l'appelant, comme nous venons de le voir, *un rapt de séduction.* C'est tomber dans un autre écart. Car il n'existe pas en loi de rapt de séduction ; en d'autres termes, la séduction n'a jamais formé un empêchement de mariage (1). On comprend le rapt de violence, parce que la violence contraint la volonté et vicie le consentement. Peut-on en dire autant de la séduc-

(1) *Et etiam hodiè,* " dit Scavini de sacr. matr., No. 566, not. 1 " *contraria opinio quæ jamdiu in Galliâ viguit, in ipsâ Galliâ rejicitur ac merito ; consuetudo unicè fundata in falsâ legis interpetatione non parit effectum.*

De même Gury, t. 2, No. 858, Gousset, t. 2, du mar., No. 797.

Quod maximè firmatur, " dit de nouveau Gury," *in litterâ responsivâ Pii VII,* 27 *Junii, anno* 1805, *ad Napoleonem I qui postulando dissolutionem matrimonii fratris sui Hieronymi, memorabat inter cœteras causas dissolutionis raptum seductionis cum parentum dissensu.*

" L'empêchement de rapt dit en effet le Pontife dans cette lettre, " n'a lieu que lorsque le mariage est contracté entre le *ravisseur* et la per- " sonne *enlevée,* avant que celle-ci soit remise en sa pleine liberté. Or, " comme il n'y a pas d'*enlèvement* dans le cas dont il s'agit, ce qu'on dé- " signe dans le mémoire par le mot de *rapt de séduction,* signifie la même " chose que le défaut de consentement des parents duquel on déduit la " séduction du mineur, et ne peut en conséquence former un empêche- " ment dirimant quant au *lien.*"

Cette lettre de Pie VII à Napoléon Ier se rapporte à la dissolution du mariage de Jérôme Bonaparte qui avait épousé, aux Etats-Unis, une Américaine Mademoiselle Patterson, laquelle vient de mourir à un âge très avancé. Ce mariage avait été régulièrement célébré.

En 1805 l'Empereur voulut faire dissoudre cette union qui en raison de la prodigieuse fortune de la famille Bonaparte, était devenue une mésalliance. Jérome était mineur lors de son mariage, et cette minorité constituant le rapt de séduction fut l'empêchement invoqué contre le mariage. C'est cet empêchement que Pie VII à qui l'Empereur s'était adressé pour obtenir la cassation du mariage, refusa de reconnaître dans sa réponse ci-haut citée. Sur ce refus du Pontife, Napoléon fit casser le mariage par un arrêt du Conseil d'Etat, et en 1807 Jérome épousa la fille du roi de Wurtemberg et fut placé sur le trône de Westphalie.

De son côté Mademoiselle Patterson a jusqu'à sa mort soutenu la validité de son mariage avec Jérome Bonaparte et refusé de reconnaître la légitimité du second mariage.

tion ? On dit un consentement forcé est un consentement. *Consensus coactus tamen est consensus.* Qui a jamais entendu parler d'un consentement séduit ! Le vice de la violence appliqué au mariage, le vicie de même qu'il vicie les autres contrats. Le dol et la fraude (1) les vicient également, mais c'est parce qu'ils engendrent l'erreur qui est un autre vice du consentement et emporte la nullité de tous les engagements et du mariage lui-même, dont elle constitue un empêchement dirimant, quand elle se porte sur la personne ou sur la condition. Mais la séduction qui reste en deça du dol et de la fraude et qui n'entraîne pas d'erreur sur la personne ou sur la condition, est impuissante à affecter le mariage.

Cependant quelle qu'en fût la cause, le principe de la nullité du mariage des mineurs, pour défaut de consentement des père et mère était reconnu dans la jurisprudence française telle qu'elle nous est parvenue, et le Code n'a fait qu'énoncer ce principe, dans l'article 119 (2).

104. Jusqu'à quel point cette nullité opère ; nous l'avons déjà dit en partie, en faisant remarquer qu'elle n'est pas reconnue par le droit canonique, comme affectant la validité du lien (3). Elle empêche sans doute le mariage de produire des effets civils, et nous verrons plus tard au chapitre des nullités du mariage, quelle serait la responsabilité du prêtre, qui marierait un mineur, sans le consentement de ses père et

(1) Parlant du dol et de la fraude dont peut être affecté un mariage, Sanchez s'exprime ainsi : *Quod si instes dolum ætiam opponi libertati matrimonii sicut et violentiam cum utrumque voluntarium auferat. Dic non omnem dolum efficire, sed eum solum qui versatur circa personæ aut conditionis errorem.*

(2) Pour les exceptions à cette règle voir les Nos. 107 et suivants ci-après.

(3) Pie VII dans sa lettre ci-haut citée à Napoléon I en date du 26 juin 1805 dit : L'Eglise latine, bien loin de déclarer nul, quant au lien, le mariage fait sans le consentement des parents et des tuteurs, les a même, *en les blâmant,* déclarés valides dans tous les temps et surtout dans le Concile de Trente.

mère (1). Nous examinerons en même temps, les cas où la règle reçoit exception, dans quel intérêt le consentement est requis et qui peut opposer la nullité qui résulte du défaut de consentement.

Nous verrons aussi sur ce chapitre, la distinction à faire suivant les différentes croyances religieuses, quant à l'effet de cette nullité sur le lien.

105. L'obligation d'obtenir le consentement de leurs parents, s'applique à tous les mineurs. Ainsi le veuf comme la veuve

(1) Cette question de responsabilité civile du prêtre qui célèbre le mariage d'un enfant mineur sans le consentement de sa mère, veuve et remariée, s'est déjà présentée devant les tribunaux du Bas-Canada.

Du mariage du Docteur Isidore Berthelot et de Julie Larocque, naquirent deux enfants. Après la mort de leur père, Louis Isaac Larocque, leur oncle maternel, fut nommé tuteur d'Adèle, la plus jeune des deux. Vers la fin de l'été 1855, époque où leur mère était remariée au nommé Leduc, Adèle Berthelot, âgée de quinze ans, alla visiter sa sœur à St. Jean-Baptiste de Roxton, où elle fit la connaissance d'un jeune médecin du nom d'Archambault, nouvellement arrivé des Etats-Unis. Cette connaissance durait depuis un mois à peine, quand le 12 octobre, le Docteur Archambault et Adèle Berthelot, firent à huit heures du soir, célébrer leur mariage par le curé ou missionnaire de Roxton. Ce mariage fut célébré sans le consentement de la mère ou du tuteur de la mineure, après dispense de trois bans obtenue de l'Ordinaire du Diocèse, et sur l'ordre par lui donné au curé de procéder au mariage.

La mère irritée de cette union contractée à l'insu et sans son consentement, intenta devant la Cour de première instance, siégeant à Montréal, une action en dommages et intérêts civils, pour obtenir réparation de cette injure faite à son autorité maternelle, et d'un acte qu'elle appelait un abus de pouvoir de la part du curé.

L'action fut rejetée en Cour de première instance, sur le motif qu'il n'existait en loi, aucune action en réparation civile contre un curé pour avoir célébré le mariage d'un mineur sous ces circonstances, et que l'action, existât-elle, eût dû être précédée d'une demande en nullité du mariage, et non intentée *de plano*.

Le jugement rendu le 30 avril 1857, (voir Juriste vol. 1 p. 187) porté en appel y fut infirmé par arrêt du 1er mars 1858 (Voir *Idem* vol 2 p. 267) et l'Intimé condamné à payer $100 de dommages à la mère, assistée au procès par son second mari.

Devant les deux Cours la nullité du mariage paraît avoir été admise, et la Cour d'Appel en particulier, fonda cette nullité sur l'arrêt du Conseil Supérieur en date du 12 juin 1741, annulant pour rapt de séduction

mineurs doivent obtenir ce consentement, et il n'importe pas que ces mineurs soient émancipés par mariage. Quant aux mineurs non mariés, l'émancipation qui ne leur donne que l'administration de leurs biens, ne les libère pas de cette obligation (1).

L'article 119 ajoute, en cas de dissentiment le consentement du père suffit.

Le consentement dont parle l'article est le consentement des deux parents, c'est-à-dire du père et de la mère. Théoriquement, le consentement des deux est nécessaire ; mais l'est-il dans la pratique, en ce sens, que le célébrant doive s'assurer de ce double consentement ? Il n'est pas douteux que dans la rigueur des principes, le père et la mère devraient le donner, et qu'il devrait en apparaître dans l'acte de mariage, pour remplir la lettre de la loi. C'est ainsi que la chose se pratique en France, dont le Code contient la même disposition que la nôtre.

Le prêtre ou ministre célébrant le mariage, jaloux observateur de la loi, a le droit, et le devoir lui incombe, de recueillir

le mariage du fils mineur de la Dame de Rouville avec la fille majeure du Lieutenant Civil André de Leigne.

Pour le moment nous suspendons nos appréciations de cet arrêt que nous renvoyons au chapitre des nullités de mariage. Qu'il nous suffise de dire que les deux Cours ne firent aucune distinction entre la nullité du mariage sous le rapport des effets civils, et celui du lien conjugal, distinction dont ils ne parurent pas même soupçonner l'existence, et des huit juges appelés à juger cette cause, trois en première instance et cinq en appel, aucun n'émit pas un doute sur la nullité radicale du mariage sous les deux rapports. La Cour d'Appel, non-seulement n'eut aucun égard à l'ordre donné par l'Evêque diocésain de procéder au mariage, mais elle mit même en question la possibilité d'un semblable ordre. Les juges ont également pris comme proposition admise, que la nullité du mariage était la même en droit ecclésiastique et en droit civil.

Il n'entre pas dans l'ordre de cet ouvrage de faire maintenant, comme il vient d'être dit, la critique de ce jugement. Il est cependant difficile de ne pas dire, que quoiqu'il en soit du mérite de la condamnation, le raisonnement des juges d'Appel parait entaché de plusieurs erreurs de doctrine.

(1) Voir la discussion sur ces deux points aux Nos. 118, 119 ci-après, et suivants.

l'opinion des deux parents, pour connaître s'ils sont du même sentiment sur le mariage. A tout événement, on ne pourrait le forcer à faire la publication des bans ou à célébrer le mariage, sans lui fournir l'occasion de remplir cette formalité, et connaître s'il y a unanimité d'avis.

Il est vrai qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ; c'est ce qui, à la rigueur, ne rend pas indispensable la présence de la mère.

106. La pratique est d'ailleurs universelle dans le pays, de ne prendre que le consentement du père, et d'en inférer le consentement de la mère. Nous connaissons trop l'empire de la routine, pour compter sur une réforme à cet égard et sur l'exécution littérale de l'article. La théorie légale formule des préceptes absolus ; mais la pratique les applique aux faits tels qu'ils s'accomplissent, alors même qu'ils sont irrégulièrement accomplis.

Le père qui donne seul son consentement, autorise au surplus la célébration du mariage, qui ne saurait être à l'avenir, mis en question par la mère, qui, en vain objecterait plus tard, qu'elle n'y a pas consenti ; puisque ce défaut de consentement de sa part, aurait créé un dissentiment entre les époux, dont l'effet aurait été de faire prédominer le consentement du mari.

Le consentement paternel doit être donné en même temps que la publication du mariage est requise ; pour me servir de l'expression usitée dans le pays, en même temps que *les bans sont mis à l'Eglise !* C'est là une utile précaution, car si ces bans étaient publiés d'abord et que le père refusât ensuite son consentement, il en résulterait du scandale, et c'est cet abus qu'il importe d'éviter.

Ce consentement donné au préalable, ne dispense cependant pas le prêtre ou ministre qui célèbre le mariage, de constater de nouveau le consentement lors de la célébration, duquel consentement mention, dans tous les cas, doit être faite dans l'acte de mariage. Cependant si pour quelque juste raison, le père qui aurait donné son consentement à la publication des bans, ne pouvait assister au mariage et qu'il apparût à celui

qui le célèbre, qu'il n'y a pas lieu de soupçonner un changement de volonté de sa part, il devrait passer outre, car il serait en ce cas du devoir du père de révoquer son consentement.

Suite de l'Article 119.

SOMMAIRE.

107. Raison de la continuation du commentaire sur l'article 119. La doctrine et la jurisprudence n'étaient pas uniformes sur la nullité créée par l'empêchement de cet article. Citation de D'Aguesseau.
108. Citation de l'opinion de l'avocat-général Joly de Fleury et de Pierre le Merre.
109. Développement de l'opinion de ce dernier.
110. Citation tirée du Code matrimonial par Camus.
111. Suite de cette citation.
112. Extrait du Traité des Lois Ecclésiastiques par d'Héricourt.
113. Il existait cinq opinions différentes sur les causes de nullité du mariage des enfants mineurs, contracté sans l'autorisation de leurs parents. Preuves tirées des auteurs et des arrêts des tribunaux qui établissent cette divergence de sentiments.
114. Suite.
115. Suite.
116. Suite.
117. Pothier lui-même admet les modifications de cette doctrine et en rapporte des exemples.
118. L'obligation de la part des veufs et veuves en minorité d'obtenir le consentement paternel à leur mariage, constituait entre autres une dérogation au droit civil sur ce point. Preuve de cette obligation. Citation d'un plaidoyer de l'avocat-général Talon.
119. Autre citation du même avocat-général.
120. Autres citations d'arrêts et des auteurs.
121. Autres arrêts.
122. Le droit français était sur ce point, en désaccord non seulement avec le Concile de Trente, mais s'éloignait encore des dispositions du droit romain et du droit canonique tel qu'il existait avant le Concile.
123. Conclusion du commentaire sur la suite de cet article 119.

COMMENTAIRE.

107. Nous pourrions, pour les besoins du présent traité, terminer ici notre commentaire sur le présent article 119, dont nous

avons donné des explications assez complètes et présenté une vue d'ensemble suffisante pour en faire saisir la portée. Cependant, à cause de l'influence qu'il est destiné à exercer sur les effets civils du mariage et les rapports intéressés des époux, en raison surtout du conflit qu'il perpétue entre la disposition du droit canonique et l'ancienne jurisprudence française dont il reproduit la doctrine quoique en apparence il soit emprunté à l'article du Code Napoléon, nous devons entrer dans des aperçus nouveaux sur cette jurisprudence même et en signaler les variations.

Nous avons jusqu'ici tenu pour certaines la pratique des tribunaux et la doctrine des légistes sur la nullité radicale du mariage des enfants mineurs, contracté sans le consentement de leurs parents ou de ceux qui les avaient en puissance. Avec Pothier, d'Aguesseau et d'Héricourt, nous avons dit que cette nullité était fondée sur une présomption de droit, inférant le rapt de séduction du défaut de ce consentement.

Les auteurs étaient pourtant loin d'être unanimes sur ce point. Des écrivains distingués soutenaient que la nullité en avait été déclarée par les Pères du Concile de Trente eux-mêmes. D'Aguesseau dont nous venons de rapporter l'opinion, et qui était comme nous l'avons vu partisan de la doctrine du *rapt de séduction*, parut, dans un plaidoyer prononcé comme avocat-général le 19 juillet 1791, dans un procès d'appel comme d'abus,mu devant le Parlement de Paris, entre Pierre l'Escuyer et consorts et la Demoiselle de la Sanserie et autres parties en cause, adopter l'opinion que le Concile avait déclaré ces mariages nuls. C'est ainsi qu'il s'est exprimé :

" Que si l'on opposait à ces maximes l'autorité du dernier Concile, nous pourrions répondre d'abord que nous ne reconnaissons cette autorité que pour les Dogmes de la Foi, et non pas pour les Règles de la Discipline ; mais l'on pourrait soutenir qu'il est aisé de réunir les deux Puissances sur cet article, et de concilier l'Empire avec le Sacerdoce."

" Que suivant les sentiments du Grand Homme auquel la France est redevable de la Loi la plus parfaite qu'elle ait sur le Mariage, le Concile a eu en vue de combattre l'erreur dans

laquelle sont encore aujourd'hui les Protestants, que par le Droit Naturel, indépendamment de toute Loi Civile ou Canonique, les pères ont le pouvoir de rendre nuls les mariages de leurs enfants. Que c'est cette opinion que le Concile condamne ; autrement il faudrait soutenir qu'il a voulu prononcer anathême, non-seulement contre les Lois des plus pieux Empereurs, mais contre les Canons des Conciles, contre les sentiments des Pères, contre le consentement unanime des deux Eglises pendant dix siècles entiers."

" On pourrait même prétendre que le Concile de Trente a compris dans les défenses portées par son Décret, les mariages des enfants de famille, contractés sans le consentement de leurs pères, sous le nom de mariages clandestins ; qu'il a condamné également les uns et les autres, et que c'est ainsi que quelques-uns des Docteurs qui ont assisté au Concile, ont expliqué ses sentiments."

" Enfin, ces différentes interprétations, et plusieurs autres que nous ne rapporterons point ici, marquent suffisamment que le Décret est fort obscur, que son sens est douteux, que son explication est incertaine, et que les Pères du Concile ont eu en vee de ne rien décider touchant ce point de discipline, et de laisser à chacun la liberté de suivre ses sentiments, et l'usage des Etats dans lesquels il vivait."

Œuvres de d'Aguesseau, tome 2, page 136.

108. Sur un appel comme d'abus porté par une veuve Dessert demandant la nullité du mariage du nommé Trottin Dessert son fils, l'avocat-général Joly de Fleury fit voir qu'il n'y avait point d'abus dans le mariage de Dessert. Il parla dans cette partie, du canon du concile de Trente au sujet des mariages des fils de famille ; il montra, par les termes même du concile, que son intention avait seulement été de condamner ceux qui disaient que ces mariages étaient nuls de plein droit, et par la seule volonté des pères et mères ; mais non pas de décider que la puissance séculière ne peut établir ce défaut comme un empêchement dirimant.

Journal des Audiences, Paris, arrêt du 16 juillet 1711, tome 6, page 137.

" Pierre Le Merre, avocat au Parlement, premier auteur des mémoires du Clergé, a écrit l'ouvrage le plus étendu que nous possédions sur cette matière. Il est intitulé : *Justification des usages de France, sur les mariages des enfants de famille, faits sans le consentement de leurs parents, où l'on fait voir que les ordonnances de nos rois ne sont pas contraires aux décrets du saint concile de Trente, et qu'elles sont conformes aux lois ecclésiastiques et civiles qui ont été observées dans l'Eglise grecque et latine pendant les dix premiers siècles.*"

109. " L'objet de Le Merre dans cet ouvrage, est de montrer que le concile a voulu seulement condamner les Calvinistes et les Luthériens, qui enseignaient communément " que le " consentement des parents est nécessaire de droit naturel et " de droit divin pour la validité des mariages de leurs enfants ; " qu'indépendamment des lois de l'Eglise et de l'Etat, ils " peuvent les rendre nuls par la seule autorité paternelle, s'ils " ne veulent pas les approuver ; que c'est un ordre établi de " Dieu, et que les mariages qui n'y sont pas conformes, sont " condamnés comme des concubinages par la loi naturelle et " par la loi divine " (pag. 13.)

110. " L'auteur prouve d'abord, par plusieurs écrivains protestants et luthériens, que ce système a toujours été celui de leur secte : il fait voir ensuite que le but du concile de Trente étant de condamner les nouvelles erreurs, ce concile a pu porter contre l'erreur que les Luthériens et les Calvinistes soutenaient sur le mariage des enfants de familles le décret dont il est question. Il ajoute que si l'on entendait ce décret autrement, il s'ensuivrait différentes absurdités qu'il développe. Cette première partie est, à proprement parler, l'apologie du concile de Trente. Le Merre continue à faire voir, qu'il n'est pas possible que ce concile ait condamné les usages de France sur le mariage des enfants de famille, à cause de la sagesse des principes sur lesquels ces usages sont fondés ; à cause de leur ancienneté, de leur conformité avec la discipline de l'Eglise grecque, et de l'approbation qu'ils ont reçue de l'Eglise latine, qui, en différents temps, a regardé non-seulement comme incapables des effets civils, mais même comme absolu-

ment nuls, les mariages contractés au préjudice. des lois des souverains sur la nécessité du consentement des pères et mères."

" L'auteur fait observer dans sa préface que le système qu'il soutient était aussi celui de l'avocat-général Bignon."

" C'est là, dit-il, ce que ce célèbre magistrat soutenait, non-seulement dans les causes de ce genre, où il parlait en qualité d'avocat-général ; mais ce qu'il disait même dans ses entretiens. Me. Issali, célèbre avocat de ce temps-là, atteste le même fait dans l'approbation qu'il a donnée à l'ouvrage."

" M. Boileau (cité par Pothier) a suivi dans son *Traité des Empêchements du Mariage chap.* 9, le même système que Le Merre. Mais d'autres auteurs ont pris un parti différent. Ils soutiennent que les mariages des enfants de famille ne sont déclarés nuls par les arrêts des cours souveraines, qu'à raison du rapt de séduction qui s'y rencontre toujours, ou qui au moins y est présumé. Ces auteurs prétendent en même temps, que le concile de Trente a déclaré nuls les mariages qui sont précédés par le rapt. On se flatte de concilier par cette voie le concile et les ordonnances, puisqu'on suppose que les arrêts déclarent nuls les mariages des enfants de famille, parce que les ordonnances présument qu'ils sont toujours la suite de rapt, et parce que le concile de Trente déclare nuls les mariages qui sont un effet du rapt. Ce sentiment est celui que soutiennent M. Gerbais dans sa *Pratique des empêchements du Mariage*, *pag* 454. *et suiv.* et l'auteur des *Conférences de Paris*, *tome I*, *liv.* 6. M. le Ridant, dans son *Examen de deux questions importantes sur le Mariage*, ne combat pas ce système ; il. parait au contraire l'adopter."

111. " Il suit de ce système de M. Gerbais et de l'auteur des Conférences, que s'il existe un mariage fait par un enfant de famille, dans lequel il soit possible de prouver qu'il n'y a eu aucune séduction, ce mariage ne sera pas déclaré nul, et que la raison seule qu'il a été contracté sans le consentement des pères et mères, serait insuffisante pour produire la nullité du mariage. Deux raisons différentes peuvent avoir donné naissance à ce système : ou bien on s'est persuadé que les ordonnances de nos rois sur les mariages des enfants de famille

ne prononcent pas la nullité des engagements qu'elles condamnent, ou bien on a craint d'avouer que les princes séculiers ont le pouvoir d'établir un empêchement dirimant ; et pour sauver les droits que l'on croyait appartenir à l'Eglise, on a donné aux arrêts un motif qui dispensait de reconnaître le pouvoir des princes."

" L'auteur du *Traité de la Jurisdiction ecclésiastique contentieuse*, *part.* 4, *tit.* 2, *chap.* 3, *sect.* 15, examine les preuves sur lesquelles l'auteur des Conférences de Paris s'est appuyé. Il discute l'analyse qu'il fait des ordonnances, et les textes pris des discours des avocats-généraux qu'il a rapportés. Il en rapporte d'autres lui-même ; et il résulte de cet examen, que les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs pères et mères, sont nuls en eux-mêmes, aux termes des ordonnances de 1629 et de 1639. " Le système de " l'auteur des Conférences de Paris, quoiqu'appuyé sur des " raisons spécieuses et sur des autorités respectables, ne paraît " pas pouvoir se concilier " (ce sont les propres termes de l'auteur du *Traité de la Jurisdict. eccl.*) " ni avec le texte des ordon- " nances, ni avec les maximes établies par les MM. les avocats- " généraux du Parlement de Paris, ni enfin avec cette multi- " tude d'arrêts dans lesquels on ne s'est pas mis en peine " d'examiner par les circonstances du fait, s'il y avait des " preuves de subornation et de séduction ". Le même auteur observe encore, que ce système peut donner lieu dans la pratique à des difficultés fréquentes, et jeter le trouble dans les consciences, en autorisant à opposer la validité du mariage dans le for intérieur, à la nullité prononcée dans le for extérieur sur une fausse présomption (1)."

112. Dans son Traité des Lois Ecclésiastiques de France, *Troisième partie*, *Article second*, *des Empêchements dirimants du mariage*, *page* 49, d'Héricourt s'exprime ainsi sur cet empêchement :

" Il y a des auteurs qui prétendent que la raison pour la- " quelle les parlements ont déclaré non valablement contractés " les mariages des enfants de famille sans le consentement de

(1) Code Matrimonial par Camus tome 2, 3e part, page 548 et suivantes.

" leur père, est la clandestinité ; et en effet, nos ordonnances, " en quelques endroits, appellent ces mariages clandestins. Il " nous a paru plus conforme à l'esprit et à la lettre des édits, " de faire tomber cette nullité sur le rapt de séduction, qui " est ordinairement accompagné de clandestinité, laquelle con- " firme la subornation. Il serait à souhaiter que nos rois s'ex- " pliquassent d'une manière plus claire et plus précise sur une " matière de cette importance, et qu'ils déclarassent les enfants " mineurs inhabiles à contracter sans le consentement de leur " père, mère ou tuteur, ou du moins sans un arrêt, dans le cas " où les cours souveraines jugeraient que le refus des pères et " mères fût injuste."

" Fevret soutient, dans son traité de l'abus, qu'un mariage " contracté par un Français mineur, sans le consentement de " son père, dans les pays où l'on suit la discipline du concile " de Trente, est valable ; et il y a plusieurs arrêts qui l'ont " jugé ainsi. Appuyé sur l'autorité de cet auteur et sur ces " arrêts, j'ai soutenu à la grand'chambre qu'un mariage célé- " bré dans le diocèse de Liége, sans fraude, entre un jeune " homme de Lyon, mineur, et une fille du diocèse de Liége, " ne pouvait être attaqué par la voie de l'appel comme d'abus. " J'ai dit que ce mariage ne pouvait être regardé, ni comme " clandestin, ni comme un rapt de séduction ; parce que dans " le diocèse de Liége, le consentement des parents au mariage " des mineurs n'est point nécessaire pour éviter la clandesti- " nité, ou la présomption de séduction. J'ai ajouté qu'un ma- " riage ne pouvait être valable pour un pays, et nul dans un " autre ; que pour la validité d'un acte, il suffit d'avoir satis- " fait aux formalités prescrites par la loi du lieu où l'acte est " passé. Cependant, par arrêt rendu au rôle de Vermandois " en l'année 1716, on jugea qu'il y avait abus. On regarda ap- " paremment en ce cas les ordonnances qui défendent aux " mineurs de se marier sans le consentement des personnes " auquelles ils sont soumis, comme des lois personnelles qui " les suivent partout, et qui font présumer qu'ils ont été sé- " duits, en quelqu'endroit qu'ils se trouvent ; ou plutôt la cour " présuma, sur la qualité des parties, qu'il y avait eu une vé-

" ritable subornation du jeune homme de la part de la mère
" de la fille, chez laquelle le jeune homme était logé."

113. Il résulte de ce qui précède et de ce que nous allons ajouter, qu'il existait dans l'ancienne jurisprudence française cinq opinions différentes sur les causes de nullité des mariages en question. La première soutenait que la nullité était une nullité prononcée par voie d'autorité ou de jurisprudence ; la seconde, que cette nullité était prononcée par le Concile de Trente lui-même ; la troisième, que c'était une nullité d'Ordonnance ; la quatrième qu'elle provenait de la clandestinité et enfin la cinquième allait à dire que cette nullité n'était pas absolue, qu'elle ne s'appliquait pas dans tous les cas et dans tous les lieux, et que la valeur du mariage était subordonnée aux circonstances.

Un sixième sentiment attribuait aux juges le pouvoir de substituer leur autorisation au consentement du père, et un septième privait les veufs et les veuves remariés de leur autorité sur le mariage de leurs enfants.

Pocquet de Livonnière, au *No.* 4 *de ses arrêts*, *chap.* 6, rapporte d'après les plaidoyers de Corbin, *ch.* 67, un arrêt du 28 novembre 1606, qui permet à une fille mineure de se marier, nonobstant l'opposition de son père, parce que c'était un dissipateur à qui on avait ôté la tutelle de sa fille pour la donner à un autre, et parce que le père ne s'opposait au mariage que pour éviter de rendre compte.

Gabriel Huet faisait profession de la religion réformée. Sa fille mineure, Marie Huet, âgée de quatorze ans seulement, se maria contre le gré de son père. Ce dernier interjeta appel au Parlement de Paris comme d'abus de ce mariage, fondé sur son défaut de consentement. Marie Huet prétendait que dans la forme son mariage était légitime, et que c'était en haine de la religion catholique qu'elle professait, que son père protestant attaquait son mariage. L'avocat-général Bignon dit qu'il n'y avait pas de clandestinité dans le mariage ; qu'il y avait beaucoup à redire sur la précipitation avec laquelle il avait été fait et sur l'offense faite au père, et vû qu'il était incertain si les parents qu'on avait nommés comme ayant consenti au mariage,

étaient proches ou éloignés, il concluait à ce qu'une assemblée du conseil de famille fut ordonnée pour recevoir son avis sur la convenance du mariage, et que dans l'intervalle la fille fut enfermée dans un monastère.

114. L'arrêt rendu par la chambre de l'Edit, le 28 novembre 1606, ne suivit pas ces conclusions et mit les parties hors de cour sur l'appel, c'est-à-dire qu'il confirma le mariage.

La date de l'arrêt est du 15 mai ; il est rapporté par Filleau dans *ses Décisions catholiques*, *déc.* 110.

On trouve au *Journal des Audiences, tome* 6, *liv.* 2, *chap.* 16, *pages* 199 *et suivantes*, un arrêt en date du 21 mars 1712, dont le sommaire est ainsi conçu : " *Assemblée de parents ordonnée pour le mariage d'une fille mineure, contre le consentement de son père, attendu l'indignité du père, le suffrage de la mère et de partie de la famille.*"

L'avocat-général Guillaume-François Joly de Fleury qui porta la parole de la part du ministère public, en cette cause mue entre la Demoiselle Elizabeth de Jean, qui voulait épouser le marquis d'Epinay et le Sieur de Jean son père, qui s'opposait à ce mariage, dit entre autres choses, que les lois romaines prohibaient le mariage de l'enfant de famille contracté sans le consentement de son père.

" Que cependant par la Loi 19 *ff. de ritu nuptiarum* le père " qui empêche ses enfants de se marier, quoiqu'il se rencontre " un parti sortable, est forcé par le Juge non-seulement de " consentir au mariage, mais de le doter.

" *Qui liberos quos in potestate habent, injuriâ prohibuerunt* " *uxores ducere vel nubere, vel qui dotem dare noluerint, ex* " *constitutione divi Severi et Antonini per Proconsules, Præsides-* " *que Provinciæ cogentur in matrimonium collocare et dotare.* " *Prohibere autem videtur et qui conditionem non quærit.*

" Que nos Lois ne se sont point écartées ni de la rigueur des " Lois Romaines pour maintenir l'autorité paternelle, ni de " l'équité qui fait le principal correctif de ces Lois, et qui est " nécessaire pour tempérer une puissance paternelle dont le " père voudrait abuser.

" Que l'Ordonnance de 1556, permet aux pères d'exhéréder

" les enfants de famille contractant mariage contre leur gré,
" et même de révoquer les avantages qu'ils auraient faits à
" leurs enfants.

" Mais qu'elle excepte le cas des sommations respectueuses.

" Que l'Ordonnance de Blois défend aux Curés de marier
" les enfants de famille sans le consentement des pères et
" mères.

" Que celle de 1639, prononce incapacité de succéder aux
" père et mère, mais qu'elle excepte le cas des sommations.

" Que les Lois sont générales, qu'elles portent des défenses
" aux mineurs de se marier sans le consentement de leurs
" pères et mères, et défenses aux Curés de les marier sans ce
" consentement.

" Mais qu'elles ne font point de défenses aux Juges de le
" donner.

" Qu'en effet, il était difficile de concevoir que la Loi pût
" favoriser l'autorité paternelle en faveur d'un père qui en
" abuserait.

" La Loi qui n'a principalement en vue que l'intérêt du mi-
" neur, pourrait-elle donner du secours à un père qui voudrait
" par humeur, par haine, par vengeance, s'opposer à un véri-
" table intérêt de son enfant mineur ?

" Il est vrai, que comme l'affection paternelle est une pré-
" somption de droit qui doit faire juger que l'avis du père est
" toujours le plus avantageux au mineur, que l'Ordre public
" est intéressé à ne pas entretenir une révolte contraire à cette
" subordination, à cette obéissance et à ce respect que les Lois
" divines et humaines établissent entre les pères et les enfants,
" on ne peut, sans de grandes raisons, écouter la voix d'un
" enfant contre son père ; il faut que tout concoure en sa faveur.

" Le peu de considération pour les sentiments d'un père
" dérangé.

" L'avantage certain du mineur.

" L'aveu de la famille.

" Que c'est alors que le Magistrat prend la place du père qui
" s'est rendu indigne de ce caractère, pour veiller à l'intérêt
" du mineur."

115. Ce fut sur ces conclusions qu'est intervenu l'arrêt susdaté.

On trouve dans le même Recueil, Journal des Audiences, *tome* 7, *liv.* 5, *chap.* 2, *pages* 601 *et suiv.*, un autre arrêt en date du 17 janvier 1822, rendu entre Marie-Antoinette Le Sonne, veuve Viard, Appelante, comme d'abus et Barbe-Thérèse Viard, sa fille, Intimée, où il a été jugé : " que les juges en connais-" sance de cause peuvent permettre à une fille mineure de se " marier, sur un avis de parents, malgré l'opposition du sur-" vivant de ses père et mère."

C'est sur les conclusions de d'Aguesseau qui était alors avocat-général, que fut rendu cet arrêt. On peut voir son plaidoyer rapporté *in extenso* aux pages 404, 405 et suivantes du recueil auquel nous empruntons le sommaire de l'arrêt. Ce plaidoyer remarquable surtout au point de vue de la dissidence qu'il créée avec les autres opinions de l'auteur que nous avons rapportées plus haut, sur la nature de l'empêchement produit par le défaut de consentement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs, mérite d'être lu.

Un arrêt rapporté par Dénisart, ancienne Collection, au mot mariage, *nomb.* 90, sans noms de parties, rendu le 12 décembre 1759 par le Parlement de Paris, sur les conclusions de l'avocat-général Séguier, confirmatif d'une sentence de Riom, a permis le mariage de George Ray, mineur de trente ans, qui on le sait, constituait la majorité avant laquelle les garçons devaient obtenir le consentement de leurs parents à leur mariage, celle des filles et veuves étant de vingt-cinq ans, (1) malgré l'opposition de sa mère, Jeanne Bussière.

Les motifs qui engagèrent l'avocat-général à conclure en faveur de George Ray, furent que les mariés étaient d'une condition sortable, et que l'opposition de la mère n'était pas motivée.

Une femme avait formé opposition au mariage de son fils, qui voulait se marier sans son consentement quoiqu'il ne fut âgé que de vingt-trois ans. Par arrêt du 30 août 1760, rendu sur les conclusions du même avocat-général Séguier, il fut donné main-levée de cette opposition. La mère avait autrefois

(1) Edit de Henry II du mois de Février 1556.

été renfermée dans un couvent ; Séguier remarqua que cette circonstance rendait sa conduite et son bon sens suspects. D'ailleurs, le jeune homme ayant fait une assemblée de parents, ils avaient tous approuvé son mariage. La mère fut condamnée aux dépens.

Dénisart parle de cet arrêt au même mot *Mariage*, No. 100. Il observe que la mère s'était remariée ; et il dit aussi que la fille que le jeune homme voulait épouser était âgée de trente-huit ans.

Raviot sur Périer, *qu.* 188, *No.* 2, rapporte un arrêt du Parlement de Dijon du 15 juin 1677, dans l'espèce duquel il fut permis à une fille mineure de se marier, après une assemblée de parents, nonobstant l'opposition de sa mère. Raviot donne pour motif de cet arrêt, que la mère était remariée et que l'Edit de 1556 n'est pas fait en faveur des père et mère remariées.

116. On trouve dans le Recueil de Pollet, un arrêt rendu par le Parlement de Flandre, en date du 9 décembre 1695, rapporté en ces termes par l'auteur du Code Matrimonial, tome 2, page 569.

" La demoiselle Le Clement, âgée de vingt-trois ans, par " conséquent mineure pour les fins du mariage, voulait se ma- " rier avec le Sieur Huart d'Autel, capitaine ; mais ses père et " mère refusaient leur consentement. Elle se pourvut devant " les mayeur et échevins de la ville de Lille, qui l'autorisèrent " à se marier au Sieur Huart. Appel de la part du Sieur Le " Clement père. Sa fille représentait l'égalité de conditions " qu'il y avait entre elle et le Sieur Huart, et les qualités per- " sonnelles de ce dernier. Le Sieur Le Clement soutenait qu'un " père ne pouvait être forcé de consentir au mariage de sa " fille, et que lorsqu'il refuse son consentement, on doit pré- " sumer qu'il est fondé sur de bonnes raisons."

L'arrêt confirma la sentence de Lille.

Soëfve, *tom.* 2, *cent.* 1, *chap.* 66, rapporte un arrêt du 27 juillet 1657, qui a jugé en ce sens, malgré la différence des circonstances sous lesquelles les deux arrêts ont été rendus.

Dans une cause rapportée au Journal des Audiences déjà

plusieurs fois cité, en date du 1er mars 1691, vol. 4, page 320, l'avocat-général de Lamoignon dit " que d'ailleurs on ne " voyait pas que les Ordonnances, spécialement celle de " 1629 déclarassent les mariages non-valablement contrac- " tés pour n'avoir point le consentement des père et mère ; " qu'en tout cas les Ordonnances établissaient des peines " contre ceux qui faisaient de tels mariages ; mais qu'elles " n'ordonnaient pas la nullité de tels mariages, *pour peine contre* " *les contractants ;* qu'il serait à souhaiter qu'il y eut quelque " Déclaration du Roi qui réglât précisément cela ; mais enfin " qu'il n'en était rien disposé jusqu'à présent, et que par con- " séquent le mariage en question au procès devait être con- " firmé."

Sur un appel intenté par la Dame d'Esmalle comme d'abus du mariage de son fils, le Sieur Simon-Florimond d'Esmalle, Joly de Fleury, avocat-général, porta la parole et dit : " Quel- " ques puissantes que soient les raisons d'une mère qui se " plaint du mariage de son fils, elle ne doit pas toujours être " écoutée indistinctement : si le mariage n'est point inégal, si " postérieurement à la célébration elle a donné son consente- " ment, par une approbation expresse ou tacite, sa voix est " impuissante, et ne doit plus être écoutée."

117. Pothier lui-même, admet plusieurs modifications à la doctrine du consentement des parents. Ainsi au No. 330 du Contrat de Mariage, il s'exprime ainsi : " Par la déclaration du " Roi du 6 août 1686, les enfants sont dispensés d'avoir pour " leur mariage le consentement de leur père ou mère, qui se " seront retirés dans les pays étrangers pour cause de religion " ou pour quelque autre cause."

No. 331 : " A plus forte raison le consentement du père ou " de la mère n'est pas nécessaire lorsqu'ils ont perdu l'état " civil soit par la profession religieuse soit par la condamna- " tion à une peine capitale ; car la mort civile leur fait perdre " tous les droits de famille et de puissance paternelle et les " fait réputer comme n'éxistant plus dans la société civile.

" Cela doit avoir lieu, quoique lors du mariage contracté " sans le consentement de son père condamné par coutumace

" à une peine capitale, le père fut dans les cinq ans, et qu'il " eut depuis purgé sa coutumace et eut été absous. Quoique " l'état civil du père fût alors plutôt suspendu qu'entièrement " perdu, et même par l'effet rétroactif du jugement d'absolu- " tion, il fut réputé ne l'avoir jamais perdu, il suffit que lors " du mariage, le père dans le fait ne jouit pas de son état civil, " qu'il fût réputé être en faute, pour que le mineur ait été " alors en droit de s'en passer, et de le faire suppléer par celui " de son tuteur et de sa famille."

" On peut, pour notre décision, tirer argument de ce qui est " décidé en la *loi* 12, § *ff. de Cap. et postlim. rev.* que le ma- " riage qu'un fils de famille a contracté sans le consentement " de son père, pendant que son père était captif, était valable " quoique depuis, le père par son retour, ait, *jure postliminii* " recouvré tous ses droits, et soit réputé ne les avoir jamais " perdus."

332. " Il reste la question de savoir, dans le cas auquel un " mineur ayant requis le consentement de son père ou de sa " mère, pour un mariage qu'il prétend lui être très-avanta- " geux, le père ou la mère refusant de le donner, et n'alléguant " aucune raison de leur refus, ou n'en alléguant que de mau- " vaises ; si le mineur peut sur un avis de parents, être dis- " pensé par le juge de ce consentement, et autorisé à passer à " la célébration du mariage. Je pense qu'ordinairement le " juge ne doit pas dispenser le mineur de ce consentement, et " que le mineur doit en ce cas attendre le temps de la majo- " rité. On doit présumer de la piété paternelle, que si le père " ou la mère refusent leur consentement, c'est qu'ils ont pour " cela de bonnes raisons, qu'ils ne jugent pas à propos de " dire."

" Il parait néanmoins y avoir des cas auxquels l'avantage " du mariage pour lequel le père ou la mère refusent leur " consentement, serait si grand et si évident et l'injustice du " refus si évidente que les juges pourraient dispenser le mi- " neur du consentement de ses père et mère sur un avis de " parents. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 17 janvier " 1722, rapporté au 7e tome du Journal (liv. 5, ch. 2) par lequel

" un mineur sur un avis de parents, a été autorisé à contracter
" un mariage avantageux auquel la mère refusait de consentir.
" Cela pourrait souffrir plus de difficultés à l'égard du père.

" Soëfve, tome 2, cent. 2, chap. 93, en rapporte un qui a
" permis à une jeune demoiselle mineure, qui n'avait ni père
" ni mère, de passer outre au mariage avec un jeune gentil-
" homme, nonobstant l'opposition formée par son ayeul ma-
" ternel ; attendu que ce mariage était louable ; qu'il se faisait
" du consentement de la plus grande partie de la famille ; que
" cet ayeul y avait donné lui-même auparavant son consente-
" tement ; qu'il ne le révoquait que sur le prétexte d'une accu-
" sation d'un crime capital intentée par des tiers contre l'ac-
" cordé dont il avait été renvoyé absous (arrêt du 30 août
" 1663)."

" Quoiqu'un garçon doive avoir trente ans pour qu'il puisse
" se marier sans le consentement de ses père et mère, après
" l'avoir requis sans encourir la peine d'exhérédation, nous
" trouvons un arrêt du 5 septembre 1684, au 3e tome du
" *Journal des Audiences* (liv. 10, chap. 36) qui a permis à un
" jeune homme âgé de 27 ans de contracter un mariage agréé
" par sa mère et ses parents, contre la volonté de son père."

118. L'obligation imposée aux veufs et veuves âgés de moins de trente ans pour les premiers et de ving-cinq pour les dernières, et aux enfants mineurs émancipés d'obtenir le consentement de leurs père et mère à leur second mariage, constituait une autre dérogation aux termes du droit civil et une nouvelle inconséquence de la jurisprudence des Parlements.

On sait qu'en droit romain, le consentement du père au consentement du mariage de ses enfants n'était requis que pour ceux d'entre eux qu'il tenait en sa puissance, et que l'émancipation les déliait de cette obligation. Il n'en était pas ainsi dans le droit français, ou la nécessité de ce consentement était commune aux veufs et aux veuves, et aux mineurs émancipés comme à ceux qui ne l'étaient pas.

Cette nécessité de la part des veufs et veuves encore en minorité d'obtenir le consentement de leurs père et mère à leur second mariage, a quelquefois été mise en doute, mais ce doute

doit disparaître devant la somme d'arrêts qui ont jugé la question en faveur de l'autorité paternelle, malgré que dans quelques cas elle soit demeurée indécise.

La Conférence du Rituel de Paris avec le Rituel Romain et les autres Rituels de France, insérée dans le premier volume du Code Matrimonial, déjà cité, invoque pour l'affirmative de cette question, vol. I, part. 1, page 64 et suivantes, le Rituel de Paris, ceux de Seez, de Carcassonne, d'Auxerre, de Soissons et de Toul, et en rapporte les textes.

Sur plainte rendue en rapt par le Sieur Girard de la Richerie contre Imbert Sevin, pour avoir épousé la fille du plaignant, veuve âgée de seize ans, l'avocat-général Talon parla d'abord des nullités qui pouvaient se trouver dans le mariage dont il était question ; mais il fit voir qu'il serait assez inutile de prononcer sur ces nullités, si d'ailleurs les parties étaient libres, et si elles avaient la faculté en réhabilitant leur mariage, de couvrir les défauts qui s'y trouvaient. Delà Talon conclut que ce qu'il y avait à examiner dans la cause, c'était d'une part, si la procédure criminelle commencée par le père devait être continuée ; ensuite si l'exhérédation et la révocation des avantages par lui faits à sa fille, devaient être confirmées.

Sur la première question, l'avocat-général dit, que ce qui faisait dans la cause une difficulté qui n'était pas petite, c'était la qualité de veuve, par une suite de laquelle cette femme étant naturellement émancipée, ne se trouvait plus sous la puissance de son père. On ne peut être trop réservé, observe Talon, dans une circonstance où il s'agit de la vie d'un homme. Trois circonstances, ajoute-t-il, l'empêchent de conclure à la confirmation de la procédure criminelle : la première, que les ordonnances qui ont établi des peines contre le rapt, ne parlent que de ceux qui sont en puissance d'autrui, et ne disent rien sur les veuves : la seconde, que l'article I. du chap. 4 de la *Coutume d'Auvergne*, décide qu'une femme qui devient veuve ne retombe point sous la puissance de son père, mais *demeure dame de ses droits*. Or, comment un père peut-il intenter l'action de rapt, relativement à un enfant qu'il n'a plus en sa puissance ? On a jugé, dit Talon, en la cause de

Rougiers, conseiller au présidial de Poitiers, que cette charge qui lui avait été donnée par son père, l'émancipait avant l'âge, et faisait cesser l'action de rapt que le père voulait intenter. Une troisième circonstance était que la dame Girard, mère, ayant été instruite de la recherche que Sevin faisait de sa fille, ne l'avait pas désapprouvée ; et que le sieur Girard père, qui en avait aussi eu connaissance, n'avait pas fait tout ce qu'il aurait pu pour arrêter le mariage, et ne s'était pas adressé à la justice pour l'empêcher. Enfin, dans cette alliance il n'y avait aucune inégalité ni dans les biens ni dans les conditions. Talon conclut donc que la procédure criminelle ne devait pas être confirmée ; mais que néanmoins Sevin et la demoiselle Girard devaient être punis de la conduite qu'ils avaient tenue.

L'arrêt rendu en date du 4 septembre 1629, conformément aux conclusions de l'avocat-général, ainsi que le rapport du procès agité à l'audience de la Tournelle, se trouvent au *livre* 2 *du premier volume du Journal des Audiences*, *chapitre* 106, *page* 141 *et suiv.*

119. Le même avocat-général Talon semble avoir modifié son opinion ou fixé ses doutes sur la nécessité du consentement paternel au second mariage des veufs ou veuves encore en minorité, à en juger par ses opinions exprimées dans l'espèce d'un appel interjetté devant le Parlement de Paris, de la sentence du Senéchal d'Angoulème, qui avait ordonné la célébration du second mariage de la fille mineure de l'Appelant, le Sieur Le Jay. Dans le Rapport de la cause, insérée au tome second, chap. 47, des Arrêts de Bardet, les éditeurs font dire à Talon, " que les causes de cette qualité devenaient si fréquentes, qu'il était nécessaire qu'il y eût quelque nouvelle loi pour en arrêter le cours, et donner satisfaction entière au public qui en est offensé." Il s'attacha ensuite à prouver la nécessité du consentement des pères et mères aux mariages de leurs enfants. " Comme un furieux, dit-il, n'est pas capable de contracter mariage, parce qu'il n'a pas de volonté réglée ; aussi le fils de famille, ou le mineur dont la volonté dépend de la volonté d'autrui, ne le peuvent pas non plus,

parce que le défaut de volonté et de consentement rend la matière inhabile et non susceptible de la forme. Il est vrai, que le Concile de Trente a beaucoup retranché de la nécessité du consentement des pères et mères, pour la validité du mariage de leurs enfants. Mais il faut observer que les prélats français se sont courageusement opposés à la publication de ce Concile, notamment en ce point, qui n'est pas regardé comme article de foi. Quelques personnes, ont voulu excepter les veuves de cette maxime générale, qui exige le consentement des pères et mères. Accurse et Azon, deux docteurs italiens, ont été les premiers auteurs de cette nouvelle opinion. Ils ont tâché de l'appuyer de la disposition du chapitre, *Sufficiat*, aux décrétales, *de Nuptiis ;* mais ce texte n'établit pas leur thèse."

Soëfve, *t. I*, *cent.* 2, *c.* 5, rapporte un arrêt du 27 février 1647, où la même doctrine a prévalu. On soutenait dans cette espèce, la validité du second mariage d'une veuve mineure, une Madame de Sainte Honorine, contracté sans le consentement de son père encore vivant. La raison donnée était que Madame de Sainte Honorine étant veuve, elle avait la liberté de se marier sans le consentement de son père, ainsi qu'il avait été jugé par plusieurs arrêts et en particulier par un arrêt de Tournelle du 4 septembre 1632.

M. de Laffemas, le père de Madame de Sainte Honorine, disait, qu'à la vérité le titre de veuve affranchissait les filles de la puissance paternelle pour la faculté de disposer et de contracter ; mais qu'il ne retranchait rien de l'honneur et de l'obéissance, que les enfants doivent à leur père, suivant le droit naturel et divin. L'arrêt maintint la prétention du père.

120. Anne Renouard, restée veuve, voulut se remarier. Son père s'y opposa. La cause fut portée devant le Parlement de Paris.

De la part du père, on soutenait que les lois qui défendent le mariage des mineurs contre le gré de leurs pères et mères, ont leur application à l'égard des veufs et veuves comme à l'égard des garçons et des filles. De la part de la veuve, on disait au contraire, que par le mariage, les mineurs sont émancipés et sortent de la puissance paternelle. On prétendait que

l'Ordonnance de 1639 ne déclarait le mariage des veuves mineures nul, que dans le cas du rapt de violence.

L'arrêt rendu par la chambre de l'édit, le 13 mars 1663, ne s'arrêta pas aux moyens proposés par la veuve, à qui il fut fait défense de passer outre à la célébration de son mariage sans le consentement de son père.

On trouve cet arrêt dans Soëfve, *tome* 2, *cent.* 2, *chap.* 79.

Basnage sur l'art. 232 de la Coutume de Normandie, rapporte un arrêt rendu au Parlement de Rouen, le 13 décembre 1613, dans l'espèce duquel une fille mariée à quatorze ans, étant devenue veuve à dix-huit ans, fut poursuivie devant l'Official, à fin d'accomplissement de promesse de mariage. Il y eut opposition de la part des parents ; et par l'arrêt sus-daté défenses furent faites à cette jeune femme de contracter mariage, sinon avec le consentement de sa mère et de ses parents.

Bouvot, t. 2, au mot *Mariage*, *quest.* 33, rapporte que par arrêt du Parlement de Dijon, du 12 juillet 1603, il a été jugé qu'une veuve ne pouvait contracter mariage sans le consentement de ses père et mère. Autrement il y aurait rapt. Sur la *quest.* 41, il cite un autre arrêt du 18 janvier 1607, rendu dans les mêmes principes.

Gilbert, tom. 2, *consultat*, décide que les veuves mineures ne peuvent contracter un second mariage sans le consentement de leurs parents.

Par la déclaration du 26 novembre 1639, il est dit en l'article 2 : " Le contenu en l'Edit de Blois de l'an 1556, et aux articles " 41.... de l'Ordonnance de Blois sera observé, et en y ajou- " tant.... Avons déclaré et déclarons les *veuves*, fils et filles " moindres de 25 ans, qui auront contracté mariage contre la " teneur des dites Ordonnances, privés et déchus par le seul " fait..... et incapables à jamais des successions de leurs pères, " mères et ayeuls..."

Pothier, Contrat de Mariage, 4e part. sect. 2, No. 337, s'exprime ainsi : " La déclaration de 1639 déclare expressément " les fils, quoique majeurs de trente ans, et les filles quoique " majeures de vingt-cinq ans, sujets à la peine de l'exhéréda-

" tion, lorsqu'ils se sont mariés sans avoir requis par écrit le " consentement de leurs père et mère."

" L'édit du mois de mars 1697, y soumet même les veuves " majeures de vingt-cinq ans, aussi bien que les autres en- " fants. Il dit que c'est en ajoutant à l'édit de 1556 et à l'article " 2 de la déclaration de 1639, parce que l'édit de 1556 n'avait " point parlé du tout des veuves ; et que l'article 2 de la décla- " ration de 1639 avait bien, dans la première partie de cet ar- " ticle, qui concerne les mineurs, compris expressément les " veuves mineures, mais que dans la seconde qui concerne les " majeurs, il n'avait pas parlé des veuves."

L'émancipation ne dispense point le mariage des enfants mineurs de la nécessité du consentement de leurs pères et mères.

121. Un arrêt du Parlement de Paris, en date du 16 octobre 1592, déclara nulle la promesse de mariage faite par Hélène Cymard, âgée de vingt-deux ans qui avait obtenu des lettres de bénéfice d'âge, et lui fit défense de contracter mariage sans le consentement de ses parents.

L'arrêt ajoute que la Cour déclara, que quelque émancipation, quelques lettres de bénéfice d'âge que pourront ci-après obtenir les filles, pour cela ne leur est permis, mais au contraire leur est défendu de contracter, tenir et faire porter paroles de mariage, sans le consentement de leurs parents, sous peine de nullité des contrats.

Cet arrêt est cité dans les Mémoires du Clergé, *t.* 5, *page* 878.

L'auteur du Code Matrimonial déjà plusieurs fois cité, rend compte en ces termes d'un arrêt du même Parlement de Paris, qui a décidé cette question dans le même sens :

" Jean-Honoré Bruneau, fils d'un marchand de Tarascon, " fut envoyé par son père, à l'âge de dix-huit ans, à Lyon, pour " y apprendre le commerce. Il y avait deux ans qu'il y de- " meurait, lorsque le sieur Morland, un de ses amis, lui pro- " posa d'épouser une nommée Marie Leti, et lui promit, s'il " consentait à ce mariage, de le faire entrer dans une société " très-avantageuse. Bruneau part de Lyon, va trouver son " père ; et sans lui dire mot de son mariage, il lui représente

" qu'il est sur le point de faire une affaire considérable, mais " que pour cela il faut qu'il puisse s'engager librement ; il " prie son père de l'émanciper, et son père y consent. De re- " tour à Lyon, il signe un contrat de mariage, où il reconnaît " avoir reçu de Marie Leti six mille livres en mobilier, sans " aucun autre bien. On publie un ban, on obtient dispense des " deux autres, et le lendemain de la publication du premier " ban, le mariage est célébré.

" Bruneau marié, ne tarde pas à connaître qu'on l'avait " trompé. Marie Leti vivait en mauvais commerce avec ce " même sieur Morland, qui s'était entremis du mariage ; on " produisit, lors de la plaidoirie de la cause, l'extrait baptis- " taire d'un enfant né d'eux. Bruneau quitte sa femme, et " retourne à Tarascon chez son père. Marie Leti garde le " silence pendant douze ans. Après cet intervalle, elle le " rompt, et attaque Bruneau fils, en lui demandant la restitu- " tion de sa dot. Il défend à cette demande ; en même temps " Bruneau père interjette appel comme d'abus du mariage.

" Ses moyens étaient que le mariage avait été contracté " sans son consentement par son fils mineur ; qu'il n'y avait " pas eu de publication de bans au domicile de droit ; que " d'ailleurs il aurait fallu le consentement du curé de ce do- " micile, qui était le propre domicile du mineur ; enfin, qu'en " supposant même le domicile de Bruneau à Lyon, ce domi- " cile n'était pas sur la paroisse où le mariage s'était fait, parce " qu'il ne demeurait sur cette paroisse, disait-on, que depuis " un mois avant son mariage.

" M. Gilbert de Voisins, avocat-général, dit que quoique le " *Droit romain*, sous l'empire duquel les parties étaient domi- " ciliées, n'exigeât pas les mêmes formalités qu'exigent nos " ordonnances, cependant ces ordonnances étant des lois géné- " rales du royaume, l'emportaient sur les usages locaux des " provinces ; et qu'ainsi l'émancipation d'un fils par son père " ne lui donnait point la liberté de contracter mariage sans " son consentement. Il conclut à ce qu'il fût dit qu'il y avait " abus dans la célébration du mariage. L'arrêt rendu le 15 " février 1742 le prononça ainsi, et déclara nul le contrat de

" mariage sur lequel on appuyait la demande en restitution " de dot."

122. Il est vrai qu'en droit romain la veuve mineure de vingt-cinq ans ne pouvait pas, même quand elle était émancipée, contracter un second mariage sans le consentement de son père. C'est ce qui résulte d'un rescrit adressé par les Empereurs Valentinien, Valens et Gratien, au Sénat, lequel contient ces mots : *Viduæ intra quintum et vicesimum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias sine patris sententia non conveniant.* C. L. 5, T. 4, *de nupt. l.* 18, *in princ.*

Il n'en était cependant pas ainsi des fils, à l'égard desquels la nécessité d'obtenir le consentement paternel ne durait que pendant le temps où ils étaient sous puissance, mais continuait pendant toute la durée de cette puissance, de quelque âge qu'ils fussent, et cessait conséquemment avec leur émancipation. C'est ce que nous apprennent les textes, qui font du droit du père de s'opposer au mariage de ses enfants, un des attributs de la puissance paternelle.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt masculi quidem puberes, feminæ autem viripotentes sive patris familias sint, sive filii familias ! dum tamen, si filii familias siit, consensum habeant parentum quorum in potestate sunt. Inst. *De Nuptiis.*

Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes ; id est qui coeunt quorum in potestate sunt. D. L. 23, T. 2.

Nec filium quidem familias invitum ad uxorem cogi legum disciplinia permittit. Igitur, sicut desideras, observatis juris præceptis sociare conjugio tuo quam volueris, non impedieris : ita tamen ut contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat. C. L. 5, T. 4, *de nupt.* l. 12.

La même obligation d'obtenir le consentement de ceux en puissance desquels sont les enfants des deux sexes qui se marient, de quelque âge et condition qu'ils soient, est aussi sanctionnée par le droit canonique :

Aliter legitimum non fit conjugium, nisi ab his qui super ipsam

feminam dominationem habere videntur, et à quibus custoditur uxor petatur, et à parentibus et propinquioribus sponsetur.....

Item peracta legitima scitote esse connubia ; aliter vero præsumta non conjugia, sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes potius, quam legitima conjugia esse non dubitate nisi voluntas propria suffragaverit, et vota succurrerint legitima.

Decret secunda pars. 2, caus. 30, quæst. 5, c. 1.

Après avoir rapporté, Decret. Pars. 2, caus. 32, Quæst. 2, c. 12, une décrétale du Pape Léon, où se trouvent les paroles suivantes : *Paterno arbitrio viris junctæ culpâ carent*, Gratien ajoute : *Quum ergo dicitur :* Paterno arbitrio viris junctæ, *datur intelligi, quod paternus consensus desideratur in nuptiis nec sine eo legitimæ nuptiæ habeantur, juxta illud* Evaristi Papæ : Aliter non fit legitimum conjugium, nisi à parentibus tradatur.

123. Terminons ici cette discussion en dehors du cours régulier du Code. Nous avons démontré que la doctrine de la nullité du mariage des mineurs par défaut de consentement des parents en opposition directe avec le Concile de Trente, n'était fondée sur aucun texte des ordonnances, mais était l'œuvre de la jurisprudence. Nous avons vu cette doctrine créer des différences d'opinions entre les auteurs ; son application mettre les légistes, écrivains et magistrats en contradiction avec eux-mêmes, et devenir devant les tribunaux l'objet de variations nombreuses. Nous venons enfin de signaler les points par lesquels elle diffère du droit romain et du droit canonique, tel qu'il était avant le Concile.

Que conclure de semblables innovations dans la théorie du droit français et de telles anomalies introduites dans sa jurisprudence ? C'est que cette doctrine était fondée sur un principe inventé pour servir des fins étrangères à la légalité ; principe faux de tous points, inconnu jusque-là au droit universel de l'Europe et reprouvé par bien des siècles de traditions légales. Ce principe erroné qui eut l'effet de jeter du désaccord dans un droit jusque-là si harmonieux, eut encore pour résultat de bouleverser les institutions catholiques de la France en préparant les voies à la sécularisation du mariage.

La doctrine du rapt de séduction née de l'absolutisme du

pouvoir royal (1), fille de l'orgueil de casté menacé par les mésalliances, nourrie par les légistes gallicans, adoptée par les Parlements, aux jours tourmentés de la Révolution de 89, enfanta elle-même un monstre. Ce monstre légitimé à son tour par le Code Napoléon, qui lui décerna les honneurs impies de sa paternité, c'est le *Mariage Civil !*

(1) On sait que la doctrine du rapt de séduction, tira son origine de l'arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 5 septembre 1634, déclarant nul le mariage de Gaston, duc d'Orléans, frère de Louis XIII, avec Marguerite de Lorraine, pour défaut du consentement du roi. Il existait dans le droit public de la France, un ancien usage qui exigeait le consentement du roi au mariage des princes de la maison royale, appelés fils de France, et héritiers présomptifs de la Couronne. Gaston, veuf d'un premier mariage, dont était née une princesse devenue célèbre sous le nom de Mademoiselle de Montpensier, avait épousé en secondes noces, la fille du duc de Lorraine. Mécontent de ce mariage, célébré devant l'Archevêque de Malines, mais à son insu, Louis XIII pour des raisons politiques sans doute, argua de nullité ce mariage contracté sans son autorisation et s'adressa au Parlement de Paris pour le faire casser. Mais comme il n'était entaché d'aucun empêchement canonique, les avocats de la Cour, que l'on appellerait aujourd'hui les représentants du ministère public, désignés dans ce temps-là sous le terme de *gens du roi,* assimilant ce mariage de Gaston, contracté sans le consentement du roi, au mariage d'un mineur célébré sans le consentement de son père, soutinrent alors pour la première fois, que d'après les Ordonnances, (prétention fausse en droit et en fait comme nous l'avons démontré) tels mariages des mineurs contractés sans le consentement paternel, étaient frappés de nullité, en vertu d'une présomption *juris et de jure,* que ces mineurs avaient été la victime d'une séduction comparable au rapt de violence qui était un empêchement dirimant de mariage d'après les canons, et ils donnèrent à ce rapt d'une nouvelle espèce le nom de *rapt de séduction !*

Le Parlement de Paris ayant accueilli favorablement cette doctrine nouvelle et cette appellation d'un nouveau genre, le mot fit fortune et avec lui la chose, qui comme nous l'avons vu, est entrée avec ses variations et ses vicissitudes dans le droit matrimonial de la France, où elle est restée jusqu'à la Révolution de 89, pour passer plus tard dans le Code Napoléon.

Quelques années après, Louis XIII regretta sa conduite envers son frère et sur son lit de mort, il consentit à reconnaître la validité du mariage de Gaston, à condition qu'il fut réhabilité; ce qui fut fait.

ARTICLE 120.

Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

SOMMAIRE.

124. La première partie de cet article ne souffre pas de difficultés. Nature de l'impossibilité dont parle l'article.
125. La mort civile du père ou de la mère constitue une impossibilité dans le sens de sa disposition. L'interdiction en est-elle une autre ? Distinction entre l'interdiction à cause de démence et l'interdiction à cause de prodigalité.
126. Continuation des objets de cette distinction.
127. Les impossibilités dont il a été fait mention n'ont d'application pratique que par rapport au père, du vivant des époux.

COMMENTAIRE.

124. La première partie de l'article ne souffre pas de difficultés. Au cas du décès du père ou de la mère, le veuf ou la veuve survivant, qu'ils aient ou non passé à de secondes noces, doivent donner leur consentement au mariage de leurs enfants mineurs. Ici le consentement n'est pas exigé du père ou de la mère survivant, à titre de tuteur de leurs enfants, et les causes qui peuvent affecter ou modifier la tutelle, sont sans empire sur le consentement. Leur titre ils le tiennent de la nature, et leur droit c'est la puissance paternelle qui le leur a conféré.

L'article ajoute : " ou si l'un des deux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté." Les causes d'impossibilité dont le Code parle ici, peuvent être de fait ou de droit. Les impossibilités de fait, proviennent des causes physiques, comme par exemple la surdité et le mutisme existant ensemble chez le même individu ou séparément, accompagnés de l'impossibilité de comprendre ou de se faire comprendre par signes ou par l'écriture ; une maladie qui aurait privé le malade de l'usage de la parole, à laquelle il ne pourrait pas suppléer par un autre mode de manifestation de sa volonté, et autres hypothèses de ce genre. A ces impossibilités matérielles, il faut

ajouter les impossibilités, légales, c'est-à-dire les obstacles qui empêchent de donner un consentement valable, suivant l'article 937, qui dit : " Les personnes aliénées ou souffrant d'une aliénation temporaire causée par maladie, accident, (il faut ici excepter l'ivresse dont parle l'article), ou autre cause ou qui à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de donner un consentement valable."

125. La mort civile est une autre cause d'impossibilité en vertu du paragraphe 8 de l'article 36 qui dit : " Son conjoint (le conjoint du mort civil) et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et actions auxquels la mort naturelle donnerait lieu." D'après la première partie de notre article 120, la mort naturelle du conjoint aurait donné au survivant, le droit de consentir seul au mariage de leurs enfants communs encore mineurs. L'absence dans le sens du Titre des Absents, dont la durée serait à la discrétion du prêtre ou ministre, constitue encore une cause suffisante. Si c'est le père qui est absent, l'article 113 dit : " Que la disparition donne à la mère, l'exercice du droit du mari sur la personne des enfants," parmi lesquels droits se trouve incontestablement celui de consentir à leur mariage."

L'interdiction est-elle une cause d'impossibilité légale ? Il faut distinguer entre l'interdiction pour démence et l'interdiction pour prodigalité. Il n'est pas douteux que l'interdit pour démence, ne puisse donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants ; mais ici l'impossibilité part de la démence qui paralyse la volonté et répugne à la validité du consentement, et non de l'interdiction même. En est-il ainsi de l'interdit pour cause de prodigalité ? Il faut remarquer que l'article 334 dit : " Tout acte fait postérieurement par l'interdit " pour cause d'imbécilité, démence, ou fureur, est nul ; les " actes faits par celui auquel il a été donné un conseil sans en " être assisté, sont nuls s'ils lui sont préjudiciables, de la " même manière que ceux du mineur et de l'interdit pour " cause de prodigalité d'après l'article 987, lequel porte : l'in- " capacité des mineurs et des interdits pour cause de prodiga- " lité est établie en leur faveur."

126. Les actes dont il est question dans l'article 334, sont sans doute les actes de l'interdit en rapport avec ses biens, et nullement les actes qui ont pour objet l'exercice de ses droits purement personnels, puisque le curateur au prodigue n'a d'après l'article 343, de pouvoirs que sur les biens de l'interdit, pendant que par le même article, les pouvoirs du curateur à l'interdit en démence, s'étendent aussi bien sur sa personne que sur ses biens. Les droits qui résultent de la puissance paternelle sont des droits purement personnels, et envisagés de ce côté, il n'est pas douteux que l'interdit prodigue, n'aît pas besoin pour les faire, de l'assistance de son curateur. Cette assistance n'est nécessaire, que quand il s'agit de ses intérêts pécuniaires, ou des actes qui touchent à ses biens. L'interdit pour démence ne peut se marier, ni avec, ni sans le concours de son curateur ; son défaut de raison constitue un empêchement dirimant permanent. L'interdit prodigue le peut incontestablement. Cependant il ne pourrait seul faire son contrat de mariage, parce que ce contrat intéresse essentiellement ses biens, dont l'administration appartient à son curateur.

On pourrait dire que le mariage, en dehors de toutes conventions civiles ou de tout contrat, affecte les biens de l'époux prodigue interdit, et qu'à ce point de vue pour le contracter, l'interdit a besoin de l'assistance de son curateur. Deux moyens se présentent en réponse à cette objection. Le premier est que le mariage lui-même n'affecte les biens que secondairement et qu'au contraire les conventions qui le précèdent, les affectent principalement ; et le second, c'est qu'en se mariant, sans faire au préalable de conventions civiles, l'interdit s'en rapporte à la sagesse de la loi qui lui offre une protection aussi efficace que celle que pourraient lui procurer les stipulations de son curateur.

Il suit de cette distinction, que le prodigue interdit ne peut sans l'assistance de son curateur, consentir ou être partie aux conventions civiles du mariage de ses enfants mineurs, ses héritiers présomptifs, à l'hérédité desquels il peut lui-même être éventuellement appelé, pas plus qu'aux siennes, pendant qu'il peut consentir à leur mariage comme au sien propre.

127. Les impossibilités que nous avons signalées de la part de l'un des époux, comme donnant à l'autre époux, le droit de consentir seul au mariage de leurs enfants mineurs, et que nous n'avons citées qu'énonciativement, comme exemples, et non d'une manière limitative, n'ont véritablement d'effet pratique, que quand elles se rencontrent en la personne du père, puisque c'est virtuellement à lui seul, qu'appartient le droit de consentir au mariage des enfants mineurs, la femme étant obligée de suivre son avis ; mais dans tous les cas d'impossibilité de sa part, comme dans tous ceux où d'après la loi la femme remplace le mari dans l'exercice de la puissance paternelle, c'est cette dernière qui décide du mariage des enfants mineurs. La dernière partie de l'article eût pu aussi bien, sinon mieux, être rédigée de la manière suivante : " Si le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de la mère suffit."

ARTICLE 121.

L'enfant naturel qui n'a point atteint l'âge de vingt-et-un ans révolus doit pour se marier y être autorisé par un tuteur qui lui est nommé à cet effet.

SOMMAIRE.

128. Le présent article traite du consentement requis pour valider le mariage des enfants illégitimes. Quels sont les droits des enfants naturels ? Division des enfants naturels en simples bâtards et en bâtards adultérins et incestueux.

129. L'article 240 du Code Civil autorise la reconnaissance des enfants naturels, sans faire de distinction entre les simples bâtards et les bâtards adultérins ou incestueux. Peine commune portée contre tous les enfants naturels.

130. Comment doit être nommé le tuteur dont l'autorisation est requise pour valider le mariage de l'enfant naturel encore mineur.

COMMENTAIRE.

128. Jusqu'ici il a été question du mariage des enfants nés en légitime mariage, contracté avant leur naissance, ou des en-

fants nés avant le mariage de leurs parents qui ont été légitimés aux termes de l'article 237, par le mariage subséquent de leurs père et mère, et qui suivant l'article 239, ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

L'article 121 traite maintenant du consentement requis pour valider le mariage des enfants naturels ou bâtards. Les bâtards sont ceux qui sont nés en dehors d'un mariage légitime ou de conjonctions illicites, et dont la naissance n'a pas été légitimée plus tard. On les distingue en simples bâtards, ou nés de l'union de personnes non engagées dans les liens d'un mariage existant, en bâtards adultérins ou nés de l'union de deux personnes mariées, ou dont l'une, à l'époque de la conception était mariée, et en bâtards incestueux nés de la conjonction illicite de deux personnes, qui à raison de leur parenté ou de leur affinité, à l'époque de la conception, ne pouvaient contracter ensemble un légitime mariage. Il importe peu que les père et mère des bâtards incestueux, ou l'un d'eux, fussent ou non mariés à l'époque de la conception. A la tache d'inceste, quand un ou un double mariage existe se joindrait celle de l'adultère ; mais la loi ne fait pas de distinction entre les bâtards incestueux, qui ne pouvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lors de la dissolution du mariage, dont l'adultère a causé la profanation et les cas où la dispense de l'empêchement qui a produit l'inceste, viendrait plus tard habiliter le mariage. L'incapacité remontant à l'époque de la conception, a imprimé à la naissance une souillure indélébile ! Ici n'est pas le lieu d'entrer dans le détail des incapacités portées par la loi contre les bâtards reconnus ou non reconnus, ni dans l'énumération des distinctions qui existent entre le Code Canadien, donnant aux bâtards la liberté de recevoir d'une manière illimitée par testament et les excluant absolument de la succession *ab intestat* de leurs parents et le Code Napoléon qui restreint l'institution testamentaire à leur égard, et accorde aux bâtards reconnus une quote de la succession légitime. Cette matière trouvera sa place au Titre des Successions et des Donations entrevifs et testamentaires.

129. L'article 240 de notre Code autorise la reconnaissance volontaire ou forcée par le père ou la mère de leur enfant naturel, sans faire de distinction entre les simples bâtards et les bâtards adultérins ou incestueux. De fait l'article ne pouvait faire cette distinction, puisque le seul effet de la reconnaissance est le droit de la part du bâtard reconnu, de demander des aliments à ses parents, droit fondé sur une obligation naturelle qui s'applique aux bâtards adultérins ou incestueux comme aux simples bâtards et qui est sanctionné par toutes les législations.

Pour des motifs d'intérêt public et dans le but de détourner du libertinage, par l'exemple de la condition malheureuse des enfants naturels, ceux qu'un penchant trop vif au plaisir, dégagé des devoirs du mariage, pousse vers le concubinage et les unions illégitimes, la loi a frappé d'incapacités et de peines sévères pour ceux qui en sont les victimes innocentes, mais nécessaires dans l'intérêt des bonnes mœurs, les enfants nés de ces unions. Ils n'ont ni parents ni famille. *Nullam gentem nullam familiam habent.* Les pères n'ont pas sur eux de puissance paternelle, dans laquelle le droit de consentir ou de s'opposer au mariage de ses enfants a sa source. Ni le père ni la mère avoués ou non avoués des bâtards, simples bâtards, adultérins ou incestueux, n'ont d'autorité sur le mariage de leurs enfants naturels, et leur consentement n'est nullement requis pour le valider.

C'est ce que dit implicitement notre article, en portant, que l'enfant naturel mineur de 21 ans, doit pour se marier, y être autorisé par un tuteur *ad hoc.*

Comment, à la requête de qui, et sur quel avis ce tuteur doit-il être nommé ? Voilà ce que l'article ne dit pas.

130. Quand même l'enfant naturel mineur serait déjà pourvu d'un tuteur ordinaire, ce tuteur n'aurait pas le droit de consentir à son mariage. La loi veut un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire nommé spécialement pour cet objet. Rien n'empêcherait cependant de conférer ce pouvoir spécial au tuteur ordinaire. C'est devant le Juge du domicile du mineur que doit se faire cette nomination qui ne peut être faite sur l'avis d'un conseil

de famille proprement dit, puisque l'enfant naturel n'a pas de parents. Ce conseil se compose autant que possible, de personnes notables du lieu, reconnues pour leur sagesse et leur probité, et l'on y appellera ceux qui ont eu des rapports d'a d'amitié avec le mineur ou avec les père et mère décédés du mineur, s'il a été reconnu. Si le père de l'enfant mineur reconnu est vivant, quoique n'exerçant pas sur son enfant l'autorité paternelle, il ne saurait être douteux qu'il doive être convoqué au conseil. Dans le cas de l'enfant naturel non reconnu, ses amis et les personnes reconnues pour lui porter intérêt doivent être appelées.

Il est difficile sur ce point de tracer des règles fixes ; tout est abandonné à la prudence du Juge. La nomination peut se faire à la requête du mineur lui-même, de son père ou de sa mère ou des deux s'il a été reconnu, du père, de la mère ou de quelque proche parent de l'autre fiancé.

Le conseil est convoqué et tenu en la forme ordinaire, bien que vû que la loi n'a pas prescrit le mode de nomination de ce tuteur *ad hoc*, nulle irrégularité ne doive être fatale. Au surplus la nomination d'un tuteur sans l'avis d'un conseil d'amis ou des personnes que nous venons de mentionner, ne serait pas de nature à rendre inefficace son consentement et à invalider le mariage.

Sous le Code Napoléon, le père et la mère de l'enfant naturel reconnu, doivent consentir à son mariage, de la même manière que ses parents légitimes. Cela dépend des dispositions du droit nouveau, différant de l'ancien, sur l'étendue des effets de la reconnaissance des enfants naturels et sur leurs droits dans l'hérédité de leur père. D'après l'article 159 du Code français, le tuteur *ad hoc* n'est nécessaire que pour le mariage de l'enfant qui n'a pas été reconnu, ou dont les père et mère sont morts après l'avoir reconnu.

ARTICLE 122.

S'il n'y a ni père ni mère, où s'ils se trouvent tous deux dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les mineurs pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leur tuteur ou curateur au cas d'émancipation, lequel est tenu lui-même pour donner ce consentement, de prendre l'avis du conseil de famille dûment convoqué pour en délibérer.

ARTICLE 123.

Les sommations respectueuses aux père et mère ne sont plus obligatoires.

SOMMAIRE.

131. Au cas de décès du père et de la mère, ou de l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentemeut du tuteur ou de l'interdit est nécessaire, mais ils doivent s'éclairer de l'avis du Conseil de famille.
132. L'utilité des sommations respectueuses a toujours été douteuse. La première loi qui en fasse mention est l'Edit de Henry II, donné en 1556.
133. La peine due pour défaut de sommations respectueuses était l'exhérédation. L'Edit de 1697 étend cette peine aux veuves de vingt-cinq ans.
134. Le Code Napoléon a perpétué de la part des enfants l'obligation de demander le consentement de leurs père et mère à leur mariage, mais n'a pas renouvelé la peine de l'ancien droit.
135. Dans le droit canadien l'exhérédation pouvait être prononcée pour défaut de sommations respectueuses mais n'a pu l'être, depuis l'abolition des réserves coutumières et l'introduction de la liberté des testaments. En abolissant la nécessité des sommations respectueuses, le Code a fait disparaître une anomalie.

COMMENTAIRE.

131. Par l'article 122, le Code retourne aux enfants légitimes. Si le père et la mère sont morts tous deux, ou s'ils ont tous deux,

pour des causes assignées sur l'article 120, dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il faut pour que le mariage du mineur soit valable que son tuteur s'il n'est pas émancipé, ou son curateur s'il est émancipé, y consente. Il est clair que s'il n'a pas de tuteur il faut lui en nommer un au préalable, et cette nomination se fera comme se font ordinairement les nominations de tuteurs. Mais la loi n'arrête pas là sa sollicitude pour le mineur, afin de le mettre à l'abri des faiblesses de son âge et des entraînements irréfléchis d'une passion souvent aveugle. Elle n'a pas voulu confier le soin de surveiller le choix du mineur et la convenance de son mariage au jugement seul du tuteur. Elle a voulu qu'il s'éclairât de l'avis du conseil de famille, et qu'en définitive, tant l'avis du tuteur que celui du conseil fut sujet à la ratification du Juge. Il en est de même du curateur au cas où le mineur est émancipé.

L'article ne dit pas que le tuteur ou le curateur seront tenus de suivre l'avis du conseil de famille, mais de le demander, après l'avoir dûment convoqué pour en délibérer.

Si le tuteur ou le curateur et le conseil de famille sont d'avis de consentir au mariage proposé, le juge, hormis circonstances exceptionnelles au contraire, homologue la délibération et autorise le tuteur ou curateur à consentir au mariage. S'ils sont d'avis contraire, il les départage en homologuant l'un ou l'autre des avis, usant de la discrétion qui s'impose d'elle-même en cette occasion.

Nous verrons plus tard si d'après la rédaction de l'article et l'esprit de la loi, un mariage contracté sans l'accomplissement de ces formes est nul, comme le mariage de tout mineur non revêtu du consentement des personnes qui l'ont en puissance.

132. L'utilité des sommations appelées *respectueuses*, faites par les enfants majeurs à leurs père et mère, les requérant de consentir à leur mariage, a toujours été assez problématique. A ne considérer le consentement des parents au mariage de leurs enfants, qu'au point de vue des devoirs de la nature qui commande aux enfants de tout âge la soumission à leurs père et mère, il n'est pas douteux que le consentement doive être requis pour le mariage des enfants majeurs comme pour ceux

des mineurs. Aussi dans les principes du Droit Civil, il n'est fait aucune différence à cet égard. Nous avons vu le Droit Romain réprouver le mariage de tous les enfants en puissance, quand il n'est pas revêtu du consentement paternel. Le Concile de Trente ainsi que nous avons pu le remarquer également, s'abstient de toute distinction tirée de l'âge des enfants, qu'il appelle enfants de famille *filii familiás*, c'est-à-dire dont le père ou la mère sont vivants. (1)

La première loi qui fasse une distinction formelle à cet égard est l'édit de Henri II donné en 1556. Après avoir statué " que " les enfants de famille ayant contracté ou qui contracteraient " ci-après des mariages clandestins, contre le gré, vouloir et " consentement et au deçu de leurs père et mère, puissent " pour telle irrévérence et ingratitude, mépris et contemne- " ment de leurs pères et mères, transgression de la loy de " Dieu, et offense contre le droit de l'honnêteté publique insé- " parable d'avec l'utilité, estre par leurs dits pères et mères et " chacun d'eux, exhérédez et exclus de leurs successions, sans " espérance de pouvoir quereller l'exhérédation qui aussi aura " été faite.Pourront aussi les dits pères et mères, pour les causes " que dessus révoquer toutes et chacunes les donations et avan- " tages qu'ils auront faits à leurs enfants," l'Edit ajoute : " Ne " voulons aussi et n'entendons comprendre les mariages qui " auront esté et seront contractés par les fils excédant l'âge de " trente ans et les filles ayant vingt-cinq ans passés et accom- " plis, pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir l'avis " et conseil de leurs dits père et mère ; ce que nous voulons " aussi estre gardé pour le regard des mères qui se remarie- " raient desquelles suffira requérir le conseil et avis, et ne " seront les dits enfants, au dit cas, tenus d'attendre leur con- " sentement."

C'est dans cet Edit que les *sommations respectueuses* ont leur source. La loi ayant dit que les fils excédant l'âge de trente ans et les filles celui de vingt-cinq, requéreront l'avis et le conseil de leurs parents, c'est-à-dire leur consentement, qu'ils ne seront

(1) L'auteur n'oublie cependant pas que dans les termes purs du droit, enfant de famille veut dire enfant sous puissance paternelle.

cependant pas obligés d'attendre, a fait une distinction notable entre les majeurs et les mineurs de cet âge, car les mineurs sont obligés d'attendre ou d'obtenir ce consentement pour se marier, sans quoi ils sont indistinctement passibles de la peine d'exhérédation qu'ils aient ou n'aient pas demandé ce consentement, pendant que les majeurs qui l'ont demandé, ne sont pas sujets à cette peine.

133. Par contre s'ils ne l'avaient pas demandé, ils encourreraient l'exhérédation ; et c'est ce qui résulte implicitement de l'Edit de 1556 et explicitement de la Déclaration de Louis XIII donnée en 1639, laquelle porte, article 2 : " Enjoignons aux " fils qui excèdent l'âge de trente ans, et aux filles qui excè- " dent celui de vingt-cinq, de requérir *par écrit* l'avis et con- " sentement de leurs père et mère pour se marier, sous peine " d'être exhérédés par eux, suivant l'Edit de 1556."

L'Edit de Louis XIV donné en 1697, ajoutant à l'Edit de 1556 et à la Déclaration de 1639, étend cette disposition aux veuves majeures de vingt-cinq ans, qu'il rend passibles de l'exhérédation de la part de leurs pères et mères, pour s'être remariées *sans avoir* requis *par écrit* leur consentement.

C'est cette réquisition par écrit faite par les majeurs de vingt-cinq et trente ans, à leurs pères et mères refusant de consentir à leur mariage, que sous l'ancien Droit français l'on appelait *sommation respectueuse*, et que sous le Code Napoléon qui a fait subsister cet usage, on appelle, pour faire cesser dans les termes au moins, l'incompatibilité d'une sommation faite au père avec le respect que lui doit le fils, *actes respectueux.*

La forme de cette sommation a été prescrite par arrêt de règlement rendu par le Parlement de Paris le 27 août 1692. Ces sommations devaient être faites à Paris par deux notaires et dans les autres lieux sujets à la juridiction du Parlement, sur permission des Juges royaux des domiciles des père et mère.

134. Le Code Napoléon (1) a perpétué la nécessité de demander le consentement des pères et mères aux mariages de leurs enfants majeurs, mais il n'a pas, comme le faisait l'ancien

(1) Art. 151, 152, 153, 154 et 155.

droit, attaché la peine d'exhérédation au défaut d'accomplissement de cette formalité. (1) Il en a fait un empêchement prohibitif du mariage et une cause d'opposition de la part des pères et mères.

Sous l'ancien droit du Bas-Canada, la peine du mariage contracté par les majeurs sans le consentement de leurs pères et mères, ou à défaut de ce consentement, sans sommations respectueuses faites pour l'obtenir, ne s'attaquait pas au mariage que ce défaut de consentement ou de sommations respectueuses n'affectait en rien, ni à titre d'empêchement dirimant, ni à titre d'empêchement prohibitif, mais consistait dans le pouvoir donné aux pères et mères d'exhéréder leurs enfants et de révoquer les donations qu'ils leur auraient faites. En cas d'exhérédation, les conjoints par mariage devaient aussi d'après l'Edit de 1556, perdre leurs avantages matrimoniaux.

135. Pendant toute la durée de l'ancien régime, et sous le nouveau, jusqu'à l'Acte de Québec, confirmé par les Statuts de 1801 introduisant la liberté illimitée des successions testamentaires et par là, abolissant les réserves coutumières dans les successions testamentaires, la première de ces peines pouvait avoir son effet ; mais on comprend qu'elle est devenue alors et qu'elle soit restée depuis une lettre morte. En effet pourquoi armer le père d'un pouvoir spécial d'exhérédation, tiré du mariage de son enfant mineur, sans qu'il eût obtenu ou lui eût demandé son consentement, quand il tenait ce pouvoir d'une manière illimitée de la loi ? Pour ce qui est de la perte des avantages matrimoniaux, encourue par l'enfant déshérité pour cette cause, supposant qu'elle eût été particulièrement énoncée dans le testament du père, outre qu'il est douteux que cette exhérédation spéciale eût produit une telle peine, il est certain que lors de la promulgation du Code, cette disposition de l'Edit de 1556 était tombée en désuétude.

Le Code n'a donc que fait disparaître l'anomalie qui existait entre la liberté des testaments et les sommations respectueuses,

(1) V. Marcadé, Titre du Mariage, sur l'art. 151, tome 1, p. 373.—Duranton, même titre, vol. 1, No. 191, p. 141.—Demolombe, même titre, tome 1, du Mariage, Nos. 140, 234.

sous le rapport de l'exhérédation. Quant à la révocation des donations entrevifs, faites par les pères aux enfants, antérieurement à leur mariage, révocation qui n'a jamais été dans nos usages, le Code l'a sans doute considérée comme une peine surannée et trop sévère pour notre état de société, où l'égalité des conditions laisse peu ou ne laisse point de place aux distinctions de caste et y redoute moins les mariages mal assortis. L'autorité paternelle y a d'ailleurs peu d'exigences après la majorité des enfants, et les mariages consentis au *contemnement* des pères et des mères, pour nous servir des termes de l'Edit de 1556, y sont d'une rare occurrence.

Les sommations respectueuses faites pour obtenir des pères et mères un consentement qui devait être refusé, et leur demander un conseil que l'on était d'avance bien décidé à ne pas suivre, n'était-elle pas en outre, une vaine formalité, dont l'apparence cherchait à apaiser le courroux paternel, mais dont la réalité servait à l'enflammer ? Une société formaliste comme était la société française du seizième siècle, pouvait se contenter de ces fictions, mais elles ne sont pas en harmonie avec les tendances positives de notre époque, qui prend dans une loi ce qui peut lui être utile et en rejette ce qu'elle croit superflu !

En abolissant les sommations respectueuses, le Code est au surplus, resté fidèle à son rôle de débarrasser les actes de la vie civile des formes inutiles, et d'assurer la permanence des contrats.

ARTICLE 124.

En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants soit légitimes soit naturels et entre les alliés soit légitimes soit naturels.

SOMMAIRE.

136. Empêchements de parenté. Ce que c'est que la parenté. Lignes de parenté. Degrés de parenté.
137. Comment se fait la computation des degrés de parenté.
138. Computation canonique et computation civile.

139. Point de distinction par rapport à l'égalité ou l'inégalité des lignes dans la computation civile ; il en est autrement dans la computation canonique. Exemples.
140. Suite.
141. Parenté à simple et double lien. Frères et sœurs germains, consanguins et utérins.
142. Affinité ou alliance. Parenté naturelle et civile.
143. Affinité ou alliance légitime et illégitime. Mariage prohibé dans tous les degrés de la ligne directe, provenant des conjonctions illégitimes aussi bien que des conjonctions légitimes.
144. Relativement aux conjonctions illégitimes la difficulté vient de la preuve. En ligne directe les affins légitimes ne peuvent contracter mariage en aucun degré.
145. *Quid* du mariage du père ou de la mère d'un des conjoints avec les enfants de l'autre conjoint nés d'un précédent mariage ?
146. Affinité illégitime ou naturelle autre source d'empêchements dans la ligne directe.
147. Suite.

COMMENTAIRE.

136. Le Code entame par cet article la catégorie des empêchements de mariage qui se présentent le plus fréquemment, c'est-à-dire ceux qui naissent de la parenté et de l'alliance ou affinité.

La parenté est un lien naturel créé par la naissance entre deux personnes dont l'une descend de l'autre ou qui descendent d'un même auteur.

Le rapprochement ou l'éloignement de la parenté se mesure par le nombre de générations qui séparent deux parents. Dans cette computation, chaque génération compte pour un degré, que l'on appelle degré de parenté, et la suite de ces degrés forme une ligne de parenté.

La ligne de parenté est directe si elle est composée de degrés séparant deux personnes dont l'une descend de l'autre, et elle s'appelle ligne directe descendante si l'on commence à compter les degrés ou les générations à partir du parent dont l'autre descend, et ascendante si l'on part du parent qui descend de l'autre. Par le premier procédé on descend la ligne de parenté, et par l'autre on la remonte.

La ligne de parenté est transversale ou collatérale, quand la

parenté existe entre deux personnes descendant d'un auteur commun, parce que pour la découvrir, il faut parcourir les degrés ou les générations qui les séparent ; ce qui ne peut se faire qu'en comptant les degrés ou les générations dans une ligne à partir de l'un des parents, pour se rendre à l'auteur commun et de cet auteur, descendre dans l'autre ligne par des degrés ou générations semblables, à l'autre parent. On conçoit que la parenté transversale ou collatérale est toujours composée de deux lignes ou de deux côtés, c'est pour cela qu'on l'appelle collatérale ; et on la dit transversale parce qu'au lieu d'aller directement d'un parent à l'autre, comme on le fait dans la ligne directe, elle y va transversalement.

137. Dans la computation des degrés de parenté, dans la ligne directe comme dans la ligne collatérale, on ne compte pas autant de degrés ou de générations qu'on rencontre de personnes. On retranche toujours un degré et ce degré est celui qui représente la génération ou la naissance de l'ascendant dans la ligne directe et de l'auteur commun dans la ligne collatérale. Dans cette dernière ligne cet auteur commun s'appelle *souche stipes*, *stipite dempto*, disent les canonistes, en parlant du retranchement de l'auteur commun dans la computation collatérale.

D'après ce procédé, quoique pour établir une parenté entre un père et son fils, il faille deux naissances ou générations, celle du père et celle du fils, on ne compte qu'un degré de parenté et l'on dit qu'ils sont au premier degré, parce qu'on retranche la génération du père. Le grand-père et le petit fils sont au deuxième degré, en retranchant la génération de l'ayeul et ne comptant que la génération du père et du petit-fils. L'arrière-petit-fils est au troisième degré avec son bisayeul, parce qu'on retranche la génération de ce dernier, pour ne compter que la naissance du grand-père qui est son fils, du père qui est son petit-fils et de son arrière-petit-fils lui-même. Le trisayeul est au quatrième degré en retranchant sa naissance, et ainsi de suite, en remontant dans la ligne aussi haut que peut remonter la mémoire des hommes.

Nous venons de remonter la ligne directe ; le même procédé a lieu en la descendant ; la seule différence consistant en ce

qu'en remontant la ligne c'est le degré de l'ascendant qu'on retranche le dernier, et qu'en la descendant on le retranche le premier.

Par le même procédé employé dans la ligne collatérale, deux frères sont au second degré parce quoiqu'il ait fallu trois naissances ou générations pour établir un lien de parenté entre eux, celle de leur père et la naissance de chacun d'eux, on retranche la naissance ou génération du père, pour ne compter que leur propre naissance.

138. Avant de rechercher une parenté plus éloignée que celle du second degré en collatérale, il convient de faire une distinction entre la computation du droit canonique, qui est celle dont on se sert pour compter les degrés de parenté en matière d'empêchements de mariage, de récusations de juges et de témoins, et celle du droit civil que l'on adopte en matière de succession.

Le Droit Civil compte autant de degrés qu'il y a de générations entre deux parents, en partant d'un parent dans une ligne pour se rendre à l'autre dans l'autre ligne et en passant par l'auteur commun, dont la génération ne compte pas. Suivant la computation civile, il n'existe pas de parenté collatérale au premier degré ; deux frères étant au second degré ; deux cousins germains ou enfants nés de deux frères sont au quatrième degré, parce qu'en partant de l'un des frères pour se rendre à l'autre, on compte deux générations et quatre d'un cousin à l'autre de ces deux cousins.

Le Droit Canonique en use autrement. Il ne compte que le nombre de générations qui séparent un parent de l'auteur commun dont le degré se retranche pour établir la parenté avec l'autre. On pourrait dire qu'à proprement parler, il ne connait pas la computation à deux côtés ou des deux lignes, pour ne compter que le nombre de degrés qui séparent un parent de l'auteur commun afin d'établir la parenté avec l'autre. De cette manière, deux frères sont au premier degré, parce qu'un seul degré sépare chacun d'eux, du père qui est l'auteur commun. Deux cousins germains sont au deuxième degré parce que tous deux ne sont éloignés que de deux degrés de leur grand-père

qui est l'auteur commun. Deux cousins issus de germains sont au troisième degré, leurs enfants sont au quatrième et ainsi de suite.

139. Dans la computation du Droit Civil, il importe peu que la parenté soit égale ou inégale dans les deux lignes, c'est-à-dire que les parents soient également ou inégalement éloignés de l'auteur commun, parce que comptant chaque génération pour un degré, en remontant une ligne et en descendant l'autre, il est indifférent qu'on descende plus ou moins dans la seconde ligne, que le degré d'où l'on est parti dans la première ; on est toujours sûr de trouver exactement le nombre de générations et de fixer les degrés de parenté. Il n'en est pas ainsi dans la computation canonique. Quand deux parents sont au même degré dans les deux lignes, c'est-à dire également éloignés de l'auteur commun, en comptant le nombre de générations qui séparent l'un d'eux de la souche, on fixe exactement leur parenté respective ; mais il n'en est pas ainsi quand l'un des deux est plus rapproché ou plus éloigné de cette souche ; en ne comptant que les degrés de l'un, on ne fixerait pas les degrés de l'autre, et l'on n'établirait pas leur vraie relation de parenté. Ainsi l'oncle et le neveu ne sont pas au même degré de parenté avec l'auteur commun, qui est le père de l'oncle et le grand-père du neveu ; l'oncle est au premier degré parce qu'il n'y a qu'un degré qui le sépare de l'auteur commun et le neveu en est séparé par deux degrés, suivant la computation canonique.

Cette différence a fait distinguer les lignes de parenté collatérale en lignes égales ou en lignes inégales, ou simplement en parenté égale ou inégale. Pour exprimer cette parenté inégale, on compte les degrés du parent le plus proche avec l'auteur commun, comme premier terme, et l'on exprime le second par le nombre de degrés qui séparent le parent le plus éloigné de ce même auteur. De cette manière on dit que l'oncle et le neveu sont parents du premier au second degré, la grand'tante et la petite-nièce sont du premier au troisième, parce qu'il n'y a qu'une génération qui sépare la grand'-tante de son père qui est le bisayeul de la petite-nièce leur auteur com-

mun, et que la nièce en est éloignée par trois générations, la sienne propre, celle de sa mère et celle de son grand-père qui est le frère de la grand'tante.

Le cousin germain est parent du deuxième au troisième degré avec l'enfant de son cousin germain et ainsi de suite par une computation facile à faire.

140. Il faut remarquer que dans la parenté inégale c'est le degré du parent le plus éloigné que l'on choisit, quand il s'agit d'appliquer une prohibition provenant de la parenté, c'est-à-dire qui fixe la parenté, pour savoir si elle existe dans les degrés prohibés. Ainsi quoique le mariage soit défendu entre parents au quatrième degré en collatérale, d'après le droit canonique, je puis épouser sans dispense, la petite-fille de mon cousin issu de germain, car quoique je ne sois éloigné que de trois degrés de notre auteur commun qui est mon bisayeul et le père du trisayeul de cette petite-fille, elle en est éloignée de cinq degrés et nous ne sommes parents qu'au cinquième degré qui est le sien. Conséquemment la prohibition du quatrième degré ne nous concerne pas.

La parenté est paternelle ou maternelle, suivant que deux parents descendent par leur père ou leur mère de l'auteur commun. Ainsi deux parents peuvent réciproquement être liés de parenté paternelle ou maternelle ou l'un peut être lié de parenté paternelle et l'autre de parenté maternelle. Ce fait n'importe pas en matière de mariage ou l'on ne consulte que la proximité du sang, et où la distinction n'est faite que pour faciliter la recherche de la parenté. Il en était autrement sous l'ancien droit en matière de succession, où la distinction entre la parenté paternelle et la parenté maternelle, suivant la descendance de l'héritage, déterminait fréquemment la successibilité.

141. Il est une autre et dernière subdivision de la parenté, en parenté à simple lien et parenté à double lien. La parenté à simple lien est la parenté produite par le mariage de deux personnes étrangères l'une à l'autre. La parenté à double lien est la parenté produite par deux mariages contractés entre les deux mêmes familles, comme quand deux frères ont épousé

les deux sœurs. Il existe entre les enfants nés de l'un et de l'autre de ces mariages et leurs descendants, une double parenté de consanguinité. La parenté du double lien, n'est d'aucune considération en matière d'empêchement de mariage, mais elle produisait son effet en matière de succession, quand il s'agissait de la répartition des biens entre les parents des lignes paternelles et maternelles.

Il n'importe pas davantage, pour produire des empêchements de mariage, que la parenté existe entre deux personnes nées du même lit ou des mêmes père et mère, ou de deux lits différents, c'est-à-dire du même père ou de la même mère seulement. La proximité du sang entre ces personnes et leurs descendants est la même dans les deux cas. Mais les frères et sœurs nés du même lit et que l'on appelle *germains*, héritent différemment des frères et sœurs appelés *consanguins*, c'est-à-dire nés du même père mais de deux mères différentes, et des frères et sœurs *utérins*, c'est-à-dire nés de la même mère et de deux pères différents, dans les successions collatérales comme nous le verrons au titre des Successions.

Ces distinctions entre frères et sœurs germains, consanguins et utérins, sont pourtant fort utiles dans la recherche de la parenté.

142. L'affinité ou l'alliance est le lien qui existe entre un conjoint et les parents de l'autre conjoint. Cette affinité ou alliance produit entre les personnes qu'elle rapproche, les mêmes empêchements de mariage, que la parenté qui existe entre les parents des mêmes degrés. Ainsi un veuf ne peut pas plus épouser la sœur de sa femme décédée qu'il ne peut épouser sa propre sœur germaine, consanguine ou utérine. Il en est de même de son incapacité d'épouser la tante ou la nièce de sa femme, qu'il en est de sa propre tante ou nièce et réciproquement d'une veuve, par rapport aux parents de son mari défunt, sauf les cas de dispense, dont il sera question plus tard.

Nous avons jusqu'ici parlé de la parenté et de l'alliance ou affinité légitime, c'est-à-dire produite par des mariages légalement contractés. Le Code ne se borne pas là et par l'article 124 aussi bien que l'article 125, il prohibe le mariage dans les

cas y mentionnés, entre les parents et affins ou alliés aussi bien naturels ou illégitimes que légitimes. Ce qui nous conduit à parler des diverses sortes de parenté et d'affinité.

Dans les termes du Droit la parenté est naturelle ou civile. La parenté naturelle est celle qui est produite par la naissance et la parenté civile, l'est par l'adoption qui était autorisée par le Droit Romain et qui l'est encore par certains Codes Européens, et en particulier par le Code Napoléon.

Suivant le Droit Civil, dont les pays où l'adoption existe à l'état d'institution légale, suivent les principes, la parenté naturelle se subdivise en parenté naturelle légitime ou parenté naturelle illégitime. L'on comprend que la parenté naturelle légitime naît du mariage, et la parenté illégitime des unions illicites ou des simples conjonctions naturelles. Dans notre Droit qui ne reconnaît pas l'adoption, il ne saurait être question de la parenté civile dont la distinction devient inutile, et dans nos usages nous ne reconnaissons comme parenté que la parenté naturelle légitime, que nous désignons seulement comme parenté légitime, et nous appelons purement et simplement parenté naturelle, la parenté illégitime. De là la distinction entre les enfants nés de mariages légitimes et que l'on appelle enfants légitimes, et les enfants illégitimes, nommés enfants naturels. Nous ne nous servirons pas d'autres termes dans le cours de cet ouvrage, pour désigner et la parenté et les parents.

143. L'affinité ou l'alliance est comme la parenté, légitime ou illégitime.

L'affinité légitime est le rapport qui est produit par le mariage entre un des conjoints et les parents de l'autre.

L'affinité naturelle ou illégitime est celle qui est produite par le commerce illicite ou la fornication d'un homme et d'une femme, entre l'homme et certains parents de la femme et réciproquement, entre la femme et certains parents de l'homme.

Dans tous les cas de rapprochement des personnes, par la parenté et l'affinité légitime ou naturelle, la proximité du sang et l'honnêteté publique produisent des incapacités de mariage entre les personnes ainsi rapprochées dans certains degrés prévus par la loi. En matière de mariage la raison civile cède

à la raison naturelle. *Naturalis non civilis ratio suadet.* Le droit civil ne peut dirimer les droits de sang, disent les jurisconsultes. *Jure civili jura sanguinis dirimi non possunt.* D. L. 50. T. 17. De reg. jur. l. 8.

Suivant l'article 124, le mariage ne peut être contracté entre personnes qui descendent l'une de l'autre.

L'inceste est odieux dans les deux lignes de parenté, mais dans la ligne directe aussi bien que dans la ligne collatérale au premier degré, c'est-à-dire entre le frère et la sœur, il répugne à la nature dont il souille les lois les plus sacrées. C'est en effet cette horreur même, que la nature a mise dans les sens de l'homme, pour les rapprochements charnels entre le père et la fille, l'ayeule et son petits-fils, et de même en proportion (car ces unions ne répugnent pas à la nature avec la même force à tous les degrés,) entre les autres personnes qui descendent l'une de l'autre, et entre ceux nés des mêmes parents, qui sert de sauvegarde à la dignité de l'espèce humaine, dans la reproduction des races, et distingue le mariage des simples conjonctions animales. *Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio quam nos matrimonium appellamus !* D. L. I. T. de Just. et jur. 6. 3.

Le Droit positif n'avait pas même besoin de faire de la parenté dans la ligne directe, un empêchement de mariage ; le Droit naturel l'avait déjà proclamé !

La nature s'oppose au mariage entre les ascendants et descendants naturels aussi bien qu'à ceux des parents légitimes, entre lesquels l'article 124 ne fait aucune différence. Le père ne peut pas plus épouser sa fille née d'une union illicite, ou la fille née d'elle en légitime mariage ou hors du mariage, qu'il ne peut épouser sa fille légitime ou la fille légitime de cette dernière, et ainsi de suite dans tous les degrés. L'empêchement est le même dans les deux cas.

144. Aussi la difficulté ne peut venir de la valeur intrinsèque de l'empêchement, mais uniquement de la difficulté d'en faire la preuve. La filiation légitime se prouve par le mariage, mais celle des enfants naturels est incertaine. Quelle preuve sera nécessaire pour empêcher le prêtre ou ministre de marier deux

personnes qu'il soupçonne d'être dans les degrés prohibés, sur quelle somme d'évidence les tribunaux maintiendront-ils une opposition faite au mariage pour motif de *parenté* naturelle, et comment une demande en nullité fondée sur le même motif, devra-t-elle être justifiée en fait ? C'est ce que nous verrons, quand il s'agira de la même preuve, relativement aux *affins ou alliés* illégitimes, entre lesquels le mariage en ligne directe est également prohibé.

Quant aux affins légitimes en ligne directe, d'après notre article ils ne peuvent pas contracter mariage ensemble, en aucun degré. Le mariage entre un conjoint et les ascendants ou descendants de l'autre, crée un rapport d'intimité qui s'oppose au mariage entre eux, puisque les ascendants tiennent lieu de pères et de mères aux maris et femmes de leurs descendants. *Sunt in loco parentum.* Ainsi la belle-mère tient lieu de mère à son gendre, la seconde femme du mari tient lieu de mère aux enfants qu'il a eus d'un autre mariage, le grand'père tient lieu d'ayeul au mari de sa petite-fille, il en est de même du beau-père par rapport à sa bru et aux enfants de sa femme nés d'un précédent mariage, et ainsi de suite en remontant et en descendant. Il existe une pudeur naturelle que blesserait un mariage contracté entre ces personnes, en même temps qu'il révolterait l'honnêteté publique.

145. Il est un autre cas de pudeur naturelle et d'honnêteté publique que l'article 124 du Code n'a pas contemplé, mais qui semblerait devoir y entrer. C'est le cas du mariage du père ou de la mère d'un des conjoints, avec les enfants de l'autre conjoint nés d'un précédent mariage. Ces personnes beau-père ou belle-mère de ce conjoint, lui tenant lieu de père ou de mère, leur mariage avec ses enfants auquel de fait au moins, et moralement ils tiennent lieu de grand-père et de grand-mère, ne devrait-il pas être prohibé ?

L'on connaît l'étroite union des familles rapprochées par les mariages, et l'intimité des rapports entre les ascendants et les descendants restés étrangers par la loi, mais alliés par la tendresse, manifestée dans nos mœurs, par les appellations empruntées à la parenté même, et on se demande si un mariage

contracté dans ces circonstances ne blesserait pas la morale publique ?

D'après la lettre du Code, ce mariage ne serait cependant pas prohibé, et il pourrait être valablement contracté. Le Code ne le défend qu'entre alliés ou affins. D'après la définition de l'affinité légitime ou de l'alliance, que nous avons donnée ci-haut, c'est un lien ou rapport créé par le mariage entre un conjoint et les parents de l'autre ; ici l'ascendant ni le descendant ne sont dans cette relation, car l'ascendant n'est que l'affin du père de l'enfant, ce qui ne crée aucune alliance entre cet ascendant et cet enfant, lequel n'est rapproché que par l'affinité avec son beau-père ou sa belle-mère, fils ou fille de l'ascendant. Or d'après la règle que les parents de mes affins ne sont pas mes affins, il n'existe aucune affinité ou cause d'empêchement entre eux.

D'après l'ancien Droit Canonique qui reconnaissait l'affinité appelée du second et du troisième genre, c'est-à-dire l'affinité entre l'affin et les parents de l'autre affin, et même entre l'affin et les affins de l'autre affin, ce mariage eût été frappé d'empêchement. Mais ces empêchements du deuxième et du troisième genre d'affinité ayant été abolis par le quatrième Concile de Latran qui n'a conservé que le premier genre, c'est-à-dire l'affinité telle que nous l'entendons et que nous l'avons représentée, il n'en serait pas ainsi aujourd'hui.

Les deux frères peuvent épouser les deux sœurs ; le père et le fils peuvent épouser la mère et la fille. Un homme peut épouser successivement les veuves des deux frères. De même celui qui a épousé la sœur de Titius pourra après la mort de sa femme épouser la veuve de ce même Titius. Gousset, tom. 2, No. 813 *et alii.*

146. Outre la parenté légitime et naturelle, et l'affinité légitime, l'article 124 du Code reconnaît dans l'affinité naturelle ou illégitime, une quatrième cause d'empêchement de mariage dans la ligne directe.

L'affinité illégitime, sans doute improprement appelée *affinité*, est le lien qui existe entre les ascendants ou les descendants légitimes ou illégitimes d'une femme avec qui un homme

a eu un commerce illicite et cet homme, ou entre les ascendants ou descendants légitimes ou illégitimes de cet homme et la femme ainsi connue illicitement. Un homme ne peut pas plus épouser une fille naturelle que sa concubine aurait eue d'un autre commerce illégitime, que celle qu'elle aurait eue d'un mariage légitime, et réciproquement de la concubine, par rapport aux enfants du concubin. De même le concubin ne peut épouser la mère ou aucune ascendante de la concubine, que cette ascendante aît été légitime ou illégitime par tous les degrés, ou partiellement légitime ou partiellement illégitime ; et réciproquement pour la concubine relativement aux ascendants du concubin, dans les conditions qui viennent d'être mentionnées. Cette prohibition s'applique également à la descendance légitime ou illégitime ou partiellement légitime ou partiellement illégitime du concubin ou de la concubine, plus éloignée que le degré d'enfants dont il a été question plus haut. Il répugne à la nature qu'un homme sorte du lit d'une femme, pour entrer dans le lit de la mère et de la grand'mère de cette femme ou de sa fille ou de sa petite-fille, ou que la femme puisse faire entrer dans la couche que cet homme a quitté, ses ascendants ou ses descendants ; la décence publique y voit une contamination de ses lois.

147. Nous avons parlé de l'affinité créée par le concubinage, bien que pour produire cette affinité dans la ligne directe, il ne soit pas nécessaire que le commerce charnel ait prit les habitudes et les conditions de durée et de publicité nécessaires pour former un concubinage. Dans les termes stricts du droit la simple copulation entre les fornicateurs, forme une incapacité mutuelle de contracter mariage avec leurs descendants ou ascendants respectifs. L'on conçoit cependant, que si le commerce avait été tenu secret, quoique dans le for intérieur il pût l'entacher d'illicité, il n'y formerait pas un empêchement dirimant. Mais toute publicité, quelque en soit le mode, un jugement par exemple qui aurait convaincu d'adultère les auteurs du commerce criminel, qui aurait condamné l'un d'eux à des dommages civils, pour faits de séduction, qui aurait reconnu un enfant né du commerce, ou la reconnaissance volontaire

du fruit de cette union, de même qu'une sentence privant, aux termes de l'article 1462, la femme de son douaire pour cause d'adultère, serait dans certaines circonstances abandonnée à la discrétion des juges, suffisante pour invalider le mariage de l'auteur du commerce, avec les ascendants ou descendants de son complice.

Il est impossible de signaler toutes les causes ou de choisir certaines causes de publicité ; on peut cependant, dire que le concubinage public en est une, et probablement la plus éclatante.

C'est dans le *Corpus juris Canonici* qu'il faut chercher les distinctions établies à cet égard, et qui peuvent s'appliquer au développement de l'article 124, lequel peut se résumer ainsi : " Personne ne peut épouser aucun de ses ascendants ou descendants légitimes ou illégitimes, et de deux personnes qui ont été mariées ou qui ont eu ensemble un commerce charnel illicite, l'une ne peut contracter mariage avec les ascendants ou descendants de l'autre légitimes ou illégitimes."

Pas n'est besoin de dire que les prohibitions de cet article forment des empêchements dirimants.

ARTICLE 125.

En ligne collatérale le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et entre les alliés au même degré, aussi légitimes ou naturels.

ARTICLE 126.

Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

ARTICLE 127.

Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la

parenté ou de l'affinité ou d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses Eglises et sociétés religieuses.

Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements lequel appartiendra tel que ci-devant à ceux qui en ont joui par le passé.

SOMMAIRE.

148. L'article 124 ayant énoncé les empêchements de parenté en ligne directe, l'article 125 indique ceux de la ligne collatérale.
149. Le mariage entre frères et sœurs a toujours été proscrit. Mariage entre beaux-frères et belles-sœurs également prohibés. Il en est ainsi du mariage de ceux que des conjonctions illégitimes ont mis dans ce degré. L'honnêteté publique est du fond de cet empêchement.
150. Le mariage est par le Code prohibé entre l'oncle et la nièce et la tante et le neveu, et pas au-delà en ligne collatérale.
151. Récapitulation des empêchements dirimants reconnus par le Code. Ces empêchements sont communs à tous les mariages.
152. L'article 127 révèle l'idée de tolérance religieuse qui a animé les Codificateurs dans la rédaction du titre du mariage. Il n'est pas entré dans l'intention des Codificateurs d'exclure le droit de dispense des empêchements reconnus par les articles 125 et 126.
153. Démonstration de cette assertion.
154. Suite de la démonstration.
155. Suite.

COMMENTAIRE.

148. En appliquant *mutatis mutandis*, les explications données sur l'article précédent au présent article, l'intelligence en sera facile.

L'article 124 ayant énoncé les empêchements pour cause de parenté en ligne directe, l'article 125 indique ceux de la ligne collatérale. L'article 125 plus rétréci dans sa sphère, que l'article 124, puisque l'article 125 ne prohibe le mariage que dans un seul degré, le premier suivant le droit canonique et le second suivant le droit civil, et que l'article 124 s'applique à tous les degrés de la directe et en théorie à l'infini, est cependant d'une application plus pratique ; les mariages dans la ligne directe étant moins à redouter que dans la ligne collatérale,

même restreinte au premier degré. En effet les mariages dans la ligne directe, sont pour ne pas dire inouïs, du moins d'une très-rare occurrence entre affins légitimes, bien peu nombreux entre affins illégitimes, et l'on peut dire que la tentation de le contracter, nulle dans le premier cas, n'est pas redoutable dans le second.

On ne peut pas en dire autant du mariage non pas des frères et sœurs légitimes ou naturels qui sont sans exemple, mais des affins légitimes et surtout naturels dans ce même degré, qui est celui contemplé par l'article 125. Ces derniers mariages sont comparativement nombreux, et les tentations de les contracter le sont bien davantage. C'est à cet endroit que la loi a besoin d'une manutention sévère !

Nous en avons assez dit sur les motifs qui ont engagé le législateur à proscrire le mariage dans la ligne directe entre parents et affins, pour n'être pas obligé d'y revenir, afin de justifier les empêchements qu'il a mis dans la ligne collatérale. Ces motifs de prohibition s'appliquent avec moins de rigueur morale aux frères et sœurs et avec moins encore aux affins à ce degré, mais l'autorité légale est toujours la même, puisque la loi a également défendu leurs mariages, et les a dans les deux cas frappés d'invalidité.

149. Proscrits en Occident, à Rome comme à Athènes, les mariages des frères et sœurs n'ont jamais eu de vigueur que parmi certains peuples de l'Asie. Ils étaient défendus nommément par la loi de Moïse.

Pour ce qui est du mariage des beaux-frères et belles-sœurs ou du mariage du veuf ou de la veuve avec la sœur ou le frère de l'époux prédécédé, il était également défendu par le Lévitique, hormis un cas où il était obligatoire, par la loi du Lévirat, savoir le cas d'un frère marié et mort sans enfants, où le frère survivant était obligé d'épouser la femme de son frère, pour lui faire une postérité, *ad suscitandum semen fratris*, comme nous l'avons vu ci-dessus au No. 49 et à la note.

Nous entrerons dans de plus grands développements historiques et légaux, à l'occasion du mariage des beaux-frères et belles-sœurs, quand il s'agira d'établir les points de concor-

dance et de discordance sur le mariage, entre le Code, le Droit canonique et le Droit commun Anglais suivi par l'Eglise d'Angleterre.

Le beau-frère ne peut donc épouser sa belle-sœur et réciproquement. Il importe peu que le frère ou la sœur prédécédés, fussent frères et sœurs germains, consanguins ou utérins du frère ou de la sœur avec qui le mariage du survivant est défendu, ou que cette parenté fut légitime ou illégitime.

Dans le cas de l'empêchement pour cause d'affinité dans la ligne directe, c'est au commerce charnel antérieur que la loi attache l'effet de vicier un second mariage. C'est pour la même raison qu'elle défend le mariage entre les affins au premier degré dans la ligne collatérale. Elle n'a pas voulu que le même homme partageât la couche de deux sœurs ; c'est ce qui a fait étendre l'empêchement à l'affinité naturelle ou illégitime. L'honnêteté publique entendue dans le sens ordinaire du mot et non dans le sens d'empêchement canonique, exerce le même empire dans les deux cas.

Quant à la preuve de la naissance dans les cas de bâtardise, elle est la même que celle du commerce charnel dans la ligne directe et dont nous avons parlé plus haut ; et en l'absence d'une preuve satisfaisante l'empêchement pour affinité naturelle ne peut avoir lieu, au *for extérieur :* mais s'il existe, il a sa force au *for intérieur* et le mariage est vraiment nul.

150. L'article 126 n'a pas besoin d'explications. Il est assez explicite par lui-même ; le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce, et le neveu et la tante seulement, c'est-à-dire entre l'enfant né d'un frère ou d'une sœur et le frère ou la sœur du père ou de la mère de l'enfant, c'est-à-dire entre parents au troisième degré suivant la computation civile, et au second suivant la computation canonique. Le Code n'a pas étendu au-delà de ces degrés, les empêchements en collatérale.

Conséquemment le grand'oncle peut épouser sa petite-nièce, la grand'tante son petit-neveu, le cousin germain sa cousine germaine. N'ayant pas dit non plus que la prohibition s'applique aux alliés comme dans le cas des articles précédents, il suit que le mariage est permis entre oncles et nièces par

affinité. N'ayant pas non plus ajouté, que le mariage est défendu entre oncle et nièce et neveu et tante naturels comme entre oncle et nièce et neveu et tante légitimes, il a restreint la prohibition au cas de la parenté légitime.

Ainsi un bâtard peut épouser sa tante bâtarde comme lui ou légitime, un oncle légitime peut épouser sa nièce bâtarde et réciproquement. Cette conséquence est rigoureuse et découle de la maxime énoncée plus haut, que les bâtards n'ont pas de parents, et que chaque fois que la loi parle des parents ou des exclusions de parenté sans mentionner spécialement les bâtards, elle n'a entendu parler que des enfants légitimes. Tout ceci constitue cependant de graves dérogations à la loi canonique.

151. Avec l'article 126 finit l'énumération des empêchements dirimants de mariage, tirés des incapacités personnelles. Ces incapacités sont au nombre de six, en ne comptant que pour une, les empêchements de parenté et d'affinité. Le défaut d'âge, le défaut de raison, d'où naît le défaut de consentement, l'impuissance, un mariage subsistant, l'incapacité du mineur à consentir à son mariage sans le consentement de ses père ou mère ou de son tuteur, la parenté ou l'affinité à l'infini dans la ligne directe, la parenté au troisième degré civil et au second degré canonique en ligne collatérale, l'affinité au second degré civil et au premier degré canonique, dans cette dernière ligne, et enfin la parenté entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu au premier degré de cette parenté.

Ces empêchements sont communs à tous les mariages contractés dans le pays et les invalident tous quant aux effets civils,(1) quelque soit la croyance religieuse à laquelle appartiennent les conjoints et l'Eglise devant laquelle ces mariages sont célébrés. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner comment ces empêchements opèrent, qui doit les proposer, dans quel temps ils doivent l'être, lesquels sont relatifs, lesquels sont absolus, dans quels cas la nullité qu'ils engendrent est radicale, et dans quels cas elle peut être couverte ? Nous renvoyons cette matière au chapitre quatrième des demandes en nullité de mariage, où elle trouvera naturellement sa place.

(1) Sauf cependant les cas de dispense.

152. Nous nous trouvons maintenant en présence de l'article capital du présent titre, l'article 127, en ce qu'il révèle la pensée des codificateurs et de la loi qui a sanctionné leur œuvre, sur la liberté religieuse du mariage, qu'une législation intolérante eut pu gravement compromettre, et qu'il prouve ce que nous avons dit plus haut, pour démontrer que le code conserve au mariage son caractère religieux et a respecté tous les empêchements établis par les différentes Eglises.

La première partie, de l'article énonce cette proposition avec une clarté, qui n'a pas besoin de démonstration. Il n'en est pas ainsi de la seconde partie qui prise littéralement semble vouloir dire, que le droit de dispenser, qu'il conserve, ne s'applique qu'aux empêchements non mentionnés dans les articles 125 et 126 (*les autres empêchements*), excluant par là le droit de dispenser des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs et l'oncle et la tante, que, dans des cas graves le Pontife Romain accorde bien que rarement, et qui est aussi en usage dans certaines églises protestantes.

Cette interprétation étroite n'est cependant pas celle de la dernière partie de l'article, qui ainsi envisagé, contredirait la première et briserait l'harmonie de la loi entière. En effet la conséquence de cette interprétation serait, que la loi aurait conservé tous les empêchements de mariage avec leurs caractères entiers, moins les droits de dispense dans ces deux cas. On ferait alors produire à la restriction de l'article, l'effet d'une disposition ainsi conçue : " Les autorités en possession du " droit d'accorder des dispenses, continueront à en jouir, moins " la dispense du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs et " l'oncle et la nièce, qui est abrogée."

Je dis *abrogée*, car il est certain qu'à l'époque de la codification, le droit de dispense dans ces deux cas, était reconnu par l'usage et sanctionné par la loi.

153. Une loi en matière aussi éminente que l'est le mariage, aurait été abrogée par implication et cette abrogation aurait froissé un siècle de traditions religieuses et civiles, et frappé d'invalidité du moins pour l'avenir, des mariages jusqu'alors reconnus par l'Eglise et l'Etat ! Pour l'abroger, le législateur

serait entré sur un terrain étranger, celui du Droit Ecclésiastique dont relève le droit de dispense, et cela pour enlever en trois lignes d'une phrase ambigüe, au chef de l'Eglise Romaine, un droit que lui accordent les auteurs qui ont fait les recherches les plus profondes dans les causes de ses priviléges, le droit de dispenser de tous les empêchements de droit positif.

Il y a plus, pour légitimer son intervention, il eut fallu au législateur pouvoir dire que les traités n'ont pas dans le Bas-Canada, mis le Droit Ecclésiastique à l'abri des atteintes de la législation civile, et répudier un siècle d'indépendance religieuse !

Cette interprétation pécherait en outre, contre l'ensemble du Titre du Mariage et contre l'esprit du Code entier, qui a été de ne heurter aucune tradition et de laisser à toutes les croyances religieuses une ample liberté d'action, dans la sphère de la législation civile.

Mais il est une raison que je pourrais appeler d'une évidence mathématique et qui prime toutes les autres : c'est que les Codificateurs ont représenté comme étant de droit ancien, l'article en question.

Si l'on aborde maintenant l'article lui-même, avec cette préconception, après avoir remarqué que l'interprétation littérale est un mode servile de connaître la volonté du législateur, auquel on ne doit recourir que quand il ne contredit pas l'esprit de la loi et que dans le cas où le texte est inéxorable, on verra que, pris littéralement, le paragraphe en question ne conduit pas rigoureusement à l'exclusion des dispenses.

154. Les articles 124, 125 et 126 venaient d'établir des empêchements qui sont de Droit Canonique, et comme le Droit Canonique, ils en avaient fait des empêchements dirimants. L'article 127 sanctionne les autres empêchements avec leur droit de dispense, et l'on en conclut qu'il a eu par là même, l'effet d'en dépouiller les empêchements des articles 125 et 126. C'est mal conclure. Le paragraphe final de l'article 127 ayant simplement attribué le droit de dispense aux empêchements autres que ceux des articles 125 et 126, ne peut, sans disposition expresse, affirmative ou négative, s'appliquer aux articles 125 et

126 pour leur accorder ou refuser ce droit. C'est le caractère particulier de l'interprétation littérale de se restreindre dans la lettre de la loi et dans les cas pour lesquels elle est faite, sans s'étendre aux autres.

Au point de vue de l'interprétation littérale, les articles 125 et 126 devront donc rester isolés de l'article 127 et si les empêchements qu'ils énoncent ne sont pas susceptibles de dispense, ce doit être parce que ces articles ayant prohibé les mariages dont il y est question, n'y ont pas attaché ce droit.

Les empêchements de mariage entre les beaux-frères et belles-sœurs et entre les oncles et les tantes sont de Droit Ecclésiastique positif, et d'après ce droit, la faculté de dispenser est attachée à tous les empêchements de droit positif, créés par l'Eglise. En effet le pouvoir qui lie a le droit de délier. C'est ce qu'expriment à la fois les règles du Droit Civil et du Droit Canon. *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvi quo colligatum est.* D. L. 50 T. De Reg. Jur., l. 35. *Omnis res per quasque causas nascitur, per easdem dissolvitur.* Extr. L. V. T. XLI, Cap. I.

155. Le Code ayant sans restriction, reproduit ces empêchements de Droit Canon, est censé les avoir conservés avec leurs accessoires, parmi lesquels se trouve le droit de dispenser, et cela en vertu de la maxime que l'accessoire suit le principal. Nous avons déjà dit, qu'en matière de mariage, la plupart des nations chrétiennes de l'Europe, catholiques comme protestantes, suivent les règles du Droit Canon.

L'on dira, l'article 127 ayant adopté avec droit de dispense les *autres empêchements*, sans réserve par rapport à ceux des articles 125 et 126, est censé les avoir exclus du droit de dispense. Mais cette objection qui n'a de valeur que par inférence et qui n'est qu'une conséquence éloignée, est repoussée par les inférences contraires tirées de l'esprit de la loi et de ses antécédents, et trouve une réponse catégorique dans la circonstance, que si le Code avait voulu être ainsi compris et avait voulu bouleverser, par un trait de plume, la jurisprudence matrimoniale du pays, il s'en serait exprimé ouvertement et en termes positifs.

On ne détruit pas plusieurs siècles de traditions juridiques par inférence !

La conclusion de tout ce qui précède est donc, que le Code a consacré tous les empêchements de droit canon, et a conservé les dispenses dont ils sont susceptibles, nonobstant l'obscurité phraséologique de la fin de l'article 127 qui doit s'interpréter comme s'il avait dit : " Il en est de même quant au " droit de dispense de ces empêchements *aussi bien que de* " *ceux des articles* 125 *et* 126, lequel appartiendra tel que ci- " devant à ceux qui en ont joui par le passé."

CHAPITRE SPÉCIAL.

Des empêchements non expressément prévus par le Code.

156. Jusqu'ici nous avons traité des empêchements prévus expressément par le Code, et qui s'appliquent aux mariages de toutes les dénominations religieuses. Mais en sus de ces empêchements, il existe des empêchements établis par l'Eglise et qui ont leur source dans le droit canonique. Ces empêchements qui ont été établis par les Papes et les Conciles ou seulement par des coutumes sanctionnées et confirmées par l'autorité apostolique, sont respectés en entier par les Catholiques, mais il n'en est pas ainsi des Protestants qui ne les reconnaissent pas tous.

Tous les mariages Catholiques sont sujets au Droit Canonique. Les Protestants du Bas-Canada appartiennent en général à l'Eglise d'Angleterre, à l'Eglise d'Ecosse, ou à des sectes religieuses qui en sont dérivées, quoiqu'en dissidence avec elles. Les Quakers croyons-nous, n'appartiennent à aucune Eglise et forment une secte libre, sans doctrine particulière, et dépouillée de toute cérémonie religieuse, même quant au mariage. Les Juifs suivent dans le mariage, la loi de Moïse ou le Talmud suivant leur origine, et observent les cérémo-

nies traditionnelles autrefois en force chez les Hébreux. Les Anglicans, les Presbytériens et les Dissidents ont chacun leurs lois et leurs usages particuliers en cette matière.

Pour bien saisir l'application du Code, dans ses prescriptions relatives tant aux empêchements que nous avons parcourus dans le chapitre précédent, qu'aux formalités de la célébration du mariage, aux oppositions au mariage et aux actions en nullité de mariage qui sont l'objet des chapitres deux, trois et quatre du présent titre, il devient nécessaire de donner un résumé des lois et des usages en force dans l'Eglise catholique romaine et chez ces différentes dénominations religieuses en rapport avec le mariage, à commencer par le Droit Canonique.

SECTION PREMIÈRE.

DU MARIAGE SUIVANT LE DROIT CANONIQUE.

SOMMAIRE.

157. Les diverses étymologies du mariage. Ce que c'est que le mariage *légitimum*, *ratum* et *consummatum*.
158. Le mariage est encore distingué en mariage véritable, présumé, putatif et douteux. En quoi consistent ces distinctions.
159. Retour aux empêchements de mariage. Empêchements exprimés en vers latins.
160. Nombre de ces empêchements. Les uns sont de droit public et les autres de droit privé. Les empêchements sont encore de droit naturel ou de droit positif.
161. L'Eglise peut dispenser des empêchements qu'elle a créés. Les infidèles ne sont pas sujets aux lois ecclésiastiques et leur mariage non plus.
162. Empêchements prohibitifs. De l'empêchement des fiançailles.
163. La solennité des fiançailles a été en usage dans la Colonie. Elle a été suspendue par Monseigneur de St. Vallier.
164. Quoique temporairement retranchée la solennité des fiançailles n'ait pas reparu, les fiançailles n'en constituent pas moins encore un empêchement prohibant. Ce qu'elles sont.
165. Cause de dissolution des fiançailles.

166. Effet des fiançailles et de la violation de la promesse qu'elles renferment. De leur dissolution.
167. Des vœux simples.
168. Du temps où la solennité des mariages est défendue ; en langage liturgique ce temps est appelé *temps clos, clausum tempus.*
169. Du défaut de publication des bans.
170. Conditions de validité de la publication des bans.
171. Suite de ces conditions.
172. De l'empêchement de religion mixte.
173. Du consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs.
174. Des empêchements dirimants de mariage. De la condition.
175. Du vœu solennel.
176. De l'empêchement de disparité de culte.
177. De l'empêchement de la parenté naturelle ou de la consanguinité et de la parenté spirituelle.
178. Lignes de parenté égale ou inégale.
179. De l'adoption, de la parenté spirituelle et de l'affinité.
180. De l'empêchement d'honnêteté publique.
181. De l'empêchement du crime.
182. De l'empêchement du rapt.
183. Le Concile de Trente a fait un empêchement du rapt tant que la personne ravie reste au pouvoir du ravisseur. Conditions de cet empêchement.
184. De l'empêchement de l'Ordre.
185. De l'empêchement de clandestinité.

COMMENTAIRE.

157. Nous avons vu plus haut les diverses étymologies du mariage appelé en latin : *matrimonium*, *consortium*, *conjugium* et *connubium*, aussi bien que la définition qu'en donne le Droit Canon, et nous référons à ce que nous avons dit à ce sujet.

Nous avons dit que le mariage est à la fois un contrat et un sacrement, que comme contrat il est soumis aux principes généraux qui régissent les contrats ; que dans le mariage considéré sacramentellement, on distingue la matière, la forme et le ministre du sacrement et nous avons énoncé les différentes opinions émises par les Canonistes et les Théologiens à cet égard. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

Le mariage suivant le Droit Canon est *legitimum*, *ratum* et *consummatum.* Le mariage légitime, *legitimum*, est celui qui

est contracté suivant le droit des gens, entre personnes non baptisées, et par le consentement légitime des parties, de sorte qu'il n'est pas ratifié par l'Eglise et est privé de la dignité de sacrement. Tels furent autrefois les mariages contractés suivant le droit naturel, et sous la loi de Moïse, et tels sont aujourd'hui les mariages des infidèles, c'est-à-dire de ceux qui n'ont pas été baptisés.

Le mariage ratifié, *ratum*, est celui qui a été contracté suivant les lois de l'Evangile et de l'Eglise, consacré et ratifié par le sacrement, et rendu par là, plus *strictement indissoluble* entre personnes baptisées, mais qui n'a pas été consommé. Le mariage ratifié et consommé, *ratum et confirmatum*, est ce même mariage quand il a été suivi du commerce charnel. Cette distinction est importante quand il s'agit surtout de la dissolution du lien conjugal en certains *cas exceptionnels.*

158. Le mariage est encore distingué en mariage véritable, *verum*, présumé, *præsumptum*, putatif, *putativum*, et douteux, *dubium.* Il est mariage véritable quand il est établi par une preuve positive, qu'il a été véritablement contracté. Il est présumé quand aucune preuve directe n'existe du fait qu'il a été contracté, mais quand il est établi par une présomption légale, comme celle qui résulte de la copulation entre fiancés par paroles de futur, subséquente aux fiançailles. Pas n'est besoin de dire, que dans les lieux où le décret du Concile de Trente qui frappe de nullité absolue, le mariage non contracté devant le propre Curé, est en force, ces mariages présumés ne sont pas reconnus. Dans le Bas-Canada, à cette objection se joindra celle de l'article 128 qui ordonne la célébration publique du mariage.

Le mariage putatif, est celui que l'on croit légitimement contracté, mais qui cependant est nul à raison de quelque empêchement occulte ou secret. Le mariage douteux est celui contracté dans le doute de quelque empêchement, lequel doute on n'a pu éclaircir, d'où il suit qu'il n'existe aucune certitude sur sa valeur.

Nous avons dit au tome premier de cet ouvrage,(1) ce que sont

(1) Nos. 278 et 279.

les fiançailles, nous ne reviendrons sur ce sujet, que quand il sera question de l'empêchement qui en résulte.

159. Nous avons aussi exposé plus haut la théorie des empêchements de mariage, divisés en empêchements dirimants et en empêchements prohibitifs ou prohibants, *Impedimenta dirimentia*, *Impedimenta impedentia.* Nous avons déjà dit que les empêchements dirimants, prohibent les mariages futurs et annulent les mariages déjà faits. C'est-à-dire qu'une opposition portée à un mariage frappé d'empêchement dirimant doit en arrêter la célébration, et que si malgré cette opposition, il est passé outre au mariage ou que si un mariage sujet à un tel empêchement passe inaperçu, ils sont invalidement contractés et peuvent être annulés.

Les vers latins suivants, en même temps qu'ils énumèrent les empêchements dirimants, expriment leur effet sur le mariage :

" *Error*, *conditio*, *votum*, *cognatio*, *crimen*,
" *Cultûs disparitas*, *vis*, *ordo*, *ligamen*, *honestas*,
" *Ætas*, *affinis*, *si forte coire nequibis*,
" *Si parochi et duplicis desit præsentia testis*,
" *Rapta si sit mulier*, *nec parti reddita tutæ*,
" *Hæc facienda vetant connubia*, *facta retractant.*"

Les empêchements prohibitifs n'empêchent pas le mariage de se contracter validement, et on ne peut pas le rétracter quand il a été contracté, mais ils le rendent illicite, en ce que ceux qui le contractent au mépris de ces empêchements, pêchent et deviennent quelquefois sujets aux peines ecclésiastiques.

Les empêchements prohibitifs sont également exprimés dans les vers suivants :

" *Ecclesiæ vetitum tempus*, *sponsalia*, *votum*,
" *Impediunt fieri*, *permittant facta teneri*,
" *Spontalia sunt juris privati*, *cetera juris publici.*"

160. Les empêchements dirimants sont donc au nombre de quinze qui proviennent 1o. de l'erreur, 2o. de la condition, 3o. du vœu solennel, 4o. de la parenté, 5o. du crime, 6o. de la disparité du culte, 7o. de la violence, 8o. de l'Ordre, 9o. du

lien d'un mariage existant, 10o. de l'honnêteté publique, 11o. de l'âge, 12o. de l'affinité, 13o. de l'impuissance, 14o. de la clandestinité, et 15o. et du rapt de violence tant que la personne ravie n'est pas rendue à la liberté. Il existe quatre empêchements prohibants, provenant 1o. de la défense de l'Eglise, 2o. du temps où il sont célébrés, 3o. des fiançailles et 4o. du vœu simple.

Parmi les empêchements dirimants, l'erreur, la violence, la condition et l'impuissance sont de droit privé, et les autres sont de droit public.

Parmi les empêchements prohibitifs, l'empêchement des fiançailles est de droit privé, les trois autres sont de droit public.

Les empêchements de droit privé ont été introduits en faveur des particuliers, ceux de droit public l'ont été dans l'intérêt de la société chrétienne. Nous aurons occasion plus tard, de faire voir les effets de cette distinction entre les empêchements de droit public et ceux de droit privé.

Les empêchements sont de droit naturel ou de droit divin positif, ou de droit ecclésiastique, c'est-à-dire établis par l'Eglise.

161. L'Eglise a le droit de dispenser des empêchements qu'elle a elle-même créés, mais elle ne peut exempter des autres, c'est-à-dire des empêchements de droit naturel et de droit divin positif. Ces derniers empêchements lient tous les hommes, les infidèles même, dont les mariages affectés de ces vices doivent être déclarés nuls quant ils embrassent la foi chrétienne.

Il n'en est pas ainsi des empêchements de droit ecclésiastique ; car comme les infidèles n'appartiennent pas à l'Eglise, dans laquelle on n'entre que par le baptême, ils ne sont pas liés par ses lois. C'est pourquoi les raisons qui leur auraient fait encourir ces empêchements s'ils avaient été Chrétiens n'ont point d'effets rétroactifs ; les empêchements ecclésiastiques dont pourraient avoir été entachés leurs mariages, contractés pendant leur infidélité, ne doivent pas les faire dissoudre quand ils embrassent le Christianisme. Les Juifs n'ayant pas reçu le baptême, sont comptés parmi les infidèles et c'est à eux pratiquement que s'applique la règle qui vient d'être citée.

EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS.

DE L'EMPÊCHEMENT DES FIANÇAILLES.

162. Les fiançailles en latin *spansalia* dérivé de *spondendo*, sont d'une haute antiquité, et presque toujours elles ont précédé le mariage. Chez les anciens, les fiançailles étaient l'objet d'une réjouissance de famille où l'on faisait intervenir le culte des Dieux domestiques, et dans le Droit comme dans l'Histoire, elles sont restées un monument de la foi jurée.

Il était d'usage chez les Romains que celui qui voulait se choisir une femme, la demandât à ceux qui la tenaient en puissance, père ou tuteur, lequel la promettait *illam spondebat.* Celle qui était ainsi promise s'appelait *sponsa*, celui à qui elle était promise *sponsus*, le promettant *sponsor*, le jour où elle était promise *sponsalis dies*, et de l'ensemble on a fait *sponsalia.*

Les fiançailles étaient tellement entrées dans les mœurs romaines qu'elles sont l'objet d'un titre du Digeste, le titre premier du livre 23, *de sponsalibus.* Les fiançailles ont été reçues avec faveur par le Christianisme et ont été en général l'objet d'une cérémonie religieuse et d'une bénédiction de l'Eglise, bien qu'elles ne soient de leur essence, soumises à aucune solennité ni à aucune preuve quelconque, pouvant comme le mariage lui-même, dans les principes abstraits du droit, avoir lieu par le seul consentement.

163. La solennité des fiançailles faites en face de l'Eglise et leur bénédiction, a été en usage dans la Colonie qui l'avait emprunté de la mère patrie, mais cet usage ne parait pas avoir été général et ce défaut d'observance générale et les fautes qui y étaient commises dans les paroisses du Diocèse de Québec, embrassant alors tout le pays où cette solennité était observée, les ont fait abolir.

Voici comment s'en exprime le Rituel du Diocèse de Québec imprimé à Paris en 1753 et publié par Monseigneur La Croix de St. Valier, chap. XI du Sacrement de Mariage,

Art. 4 page 339. Nous citons le passage en entier, car il est nécessaire pour faire comprendre l'étendue de l'abolition et la manière dont on envisageait alors les fiançailles.

" Les fiançailles ne sont autre chose qu'une promesse solen-
" nelle que deux personnes de différents sexes se font l'une à
" l'autre de se prendre pour mari et pour femme."

" La promesse qu'on fait aux fiançailles étant l'expression
" d'un consentement libre, il est nécessaire que les parties s'ex-
" priment nettement, et en des termes qui ne permettent pas
" de douter de leurs promesses."

" Les fiançailles doivent être faites en l'Eglise, en présence
" du Curé et des témoins. Commes elles imposent une obliga-
" tion qu'on doit accomplir, et qu'on ne peut violer sans com-
" mettre quelque péché, elles ne peuvent être faites que par
" des personnes qui ont atteint l'âge de la raison, et qui con-
" naissent à quoi elles s'engagent."

" Les Curés auront soin de défendre aux fiancés de demeu-
" rer dans une même maison, ni de se fréquenter familière-
" ment. Le différent usage que nous avons remarqué être
" dans plusieurs paroisses de ce diocèse, dans le plus grand
" nombre desquelles on n'observe pas la solennité des fian-
" çailles, et dans les autres on l'observe mal et les fautes que
" nous avons reconnues y être commises, nous ont fait prendre
" la résolution de les restreindre, jusqu'à ce que Nous ayons
" pu trouver les moyens d'en éclaircir les abus. Ainsi ce que
" Nous venons de dire de cette solennité ne sera que pour
" l'instruction des Pasteurs, afin qu'ils puissent les mettre en
" usage, lorsqu'il n'y aura aucun sujet de craindre cet abus,
" et qu'elles pourront être célébrées avec modestie."

164. Ainsi retranchée temporairement, dans l'intention du Prélat, la solennité des fiançailles ne parait pas avoir reparu dans le pays. Il n'en faudrait cependant pas conclure qu'avec la solennité qui n'en était qu'une forme accidentelle et non une condition essentielle, les fiançailles elles-mêmes aient disparu totalement.

Elles forment encore aujourd'hui comme elles le faisaient autrefois, un empêchement prohibitif du mariage, au for de la

conscience quand elles sont occultes, et au for extérieur quand elles sont prouvées, mais c'est dans l'absence de la solennité, que ne remplace aujourd'hui aucune manifestation expresse dans les préliminaires du mariage, que repose la difficulté pratique de l'empêchement.

Nous avons déjà vu que les fiançailles sont une promesse réciproque, c'est-à-dire une promesse de mariage faite par l'un et acceptée par l'autre, et suivie d'une promesse semblable faite par le second et acceptée par le premier. *Mentio et repromissio.* Cette promesse réciproquement faite entre personnes déterminées et réciproquement acceptée doit être sérieuse, volontaire, délibérée et être exprimée par des signes, des paroles ou par écrit. Défaillant une de ces conditions, il n'y aurait pas de fiançailles. En l'absence d'une promesse expresse, les fiançailles ne peuvent s'inférer des circonstances, ou des préparatifs du mariage ; la publication même des bans, à la réquisition d'un des fiancés, du consentement de l'autre ou au désir des deux, n'en constituerait pas la preuve ; car cette publication n'excluerait pas l'idée qu'elle a été faite avec l'intention de se rétracter ou qu'en l'ordonnant ils se sont tous deux ou l'un d'eux, mentalement réservé cette faculté, rétractation qui n'est pas inusitée dans nos mœurs.

L'on ne pourrait pas dire la même chose du contrat de mariage, par lequel les contractants promettent réciproquement de se prendre pour époux et femme. Cette promesse mutuellement faite, bien que non suivie du mariage, et dont l'acceptation s'inférerait de la circonstance, semblerait constituer des fiançailles.

Ce sont ces difficultés dont est entourée la preuve des fiançailles et l'insuffisance de toute promesse non revêtue des caractères qui viennent d'être mentionnés, qui probablement ont entre autres motifs, inspiré l'article 62, lequel a défendu la suspension du mariage pour cause d'opposition fondée sur une simple promesse de mariage, laissant intact l'empêchement des fiançailles, dans le cas où elles seraient valablement établies, et n'auraient pas été légitimement dissoutes.

Pour pouvoir contracter des fiançailles, il faut avoir encore

la capacité de s'engager ; ainsi les fous, les furieux, les enfants au-dessous de l'âge de sept ans, ne peuvent le faire, et en général toutes les causes temporaires ou permanentes qui pour défaut de raison et de liberté, s'opposent au consentement, s'opposent aux fiançailles. Pas plus qu'un fou ou un furieux, une personne enivrée ne peut contracter de fiançailles.

165. Les causes de dissolution des fiançailles sont :

1o. Le consentement mutuel des parties à cet effet, avec cette distinction que l'impubère doit attendre la puberté pour révoquer son consentement ;

2o. Le mariage valable subséquemment contracté par l'un des fiancés avec une autre personne ;

3o. Les ordres sacrés et la profession religieuse par vœux solennels de l'un des fiancés ;

4o. Le commerce charnel d'un des fiancés avec une autre personne ;

5o. Un changement notable physique ou mental chez un des fiancés, survenu depuis les fiançailles.

Ces causes de dissolution sont absolues ou relatives. Les causes absolues opèrent de plein droit la dissolution des fiançailles, comme le mariage subséquent, les ordres sacrés et la profession religieuse, avec cette distinction par rapport à la profession religieuse, que le novice reste tenu jusqu'à sa profession d'accomplir sa promesse, pendant que l'autre fiancé en est dégagé par le fait même de l'entrée au monastère. Cependant le novice n'est jusqu'à sa profession tenu de remplir son engagement, que par une obligation toute de for intérieur et qui engage seulement sa conscience, car il ne peut être forcé d'épouser l'autre fiancé par les censures ecclésiastiques, qui sont les seules voies de contrainte usitées.

Quant au commerce criminel de l'un des fiancés et un changement physique ou moral qui lui serait survenu, un changement de condition sociale, la perte de ses biens par exemple, ces circonstances donnent à l'autre le droit de rompre les fiançailles, mais ce droit est relatif à ce dernier, et le fiancé coupable ou celui auquel une disgrâce notable est survenue,

ne pourrait en prendre prétexte pour les dissoudre compulsoirement contre l'autre.

166. L'obligation d'exécuter les fiançailles lie comme tous les autres engagements, et celui qui y manque, manque à la justice. Il se rend coupable d'une faute qui l'assujettit aux peines ecclésiastiques, (quoique ce ne soit pas *latâ sententiâ*,) et qui rend son mariage illicite avec une autre personne, tant que les fiançailles ne sont pas dissoutes. Cette dissolution se fait soit sur une demande à cet effet par la partie qui ne veut pas exécuter les fiançailles et qui cite l'autre fiancé devant le tribunal Ecclésiastique, soit sur la demande de l'autre fiancé qui veut faire condamner la première à exécuter les fiançailles. Comme nous l'avons vu au Tome premier, le juge d'Eglise n'en peut refuser la dissolution ; il n'a qu'un pouvoir d'admonestation, *potius nomendus quam cogendus*, (1) et si ses efforts pour persuader la partie récalcitrante de remplir son obligation et d'épouser l'autre partie restent vains, pour ne pas gêner la liberté des mariages, il doit après avoir imposé quelque peine, déclarer dissoutes les fiançailles.

Tant que les fiançailles ne sont pas dissoutes, il ne peut être licitement par aucun des fiancés procédé à un mariage avec une autre personne, mais si au mépris de cet engagement, le mariage est contracté, il n'en est pas moins valable.

La copulation entre les fiancés, subséquente aux fiançailles, constitue entre les fiancés un véritable mariage, dans les lieux où le décret du Concile de Trente n'est pas en force, en vertu d'une présomption *juris et de jure* que les fiancés ont contracté ce mariage, *per verba de præsenti.* Nous traiterons de cet effet des fiançailles suivies de la copulation, en même temps que de l'empêchement de clandestinité

Une observation commune au présent empêchement et à tous les empêchements prohibitifs doit trouver ici sa place, c'est que nul prêtre n'est tenu de célébrer un mariage contre lequel il existe un empêchement prohibitif, pas plus qu'un empêchement dirimant. Cette règle est confirmée par l'article 129 du Code.

(1) No. 279.

I.—DES VŒUX SIMPLES.

167. Le vœu solennel de religion produit seul un empêchement dirimant de mariage, le vœu simple n'est qu'un empêchement prohibitif. Ainsi les religieuses de ce pays qui ont fait leur profession dans les couvents à vœux simples, peuvent contracter un mariage valide. Il sera sans doute illicite, et entrainera contre elles des peines Ecclésiastiques proportionnées à la gravité de leur transgression, mais ce mariage produira tous les effets légitimes d'un vrai mariage, tant par rapport aux conjoints qu'aux enfants qui en naîtront. Toutes les religieuses dans le Bas-Canada, moins celles qui ont fait leur profession dans les couvents à vœux solennels, mentionnés dans le premier Volume de cet ouvrage, (1) se trouvent dans cette condition.

II.—DU TEMPS OU LES MARIAGES SONT DÉFENDUS.

168. Il est des temps dans l'année où l'Eglise défend de célébrer les mariages, et que l'on appelle en langage liturgique : "le temps clos," *clausum tempus.* Il est déjà fait mention de cette prohibttion dans le Concile de Laodicée tenu en 365, dans le Chapitre 52 qui porte : *Non opportet in quadragesimâ aut nuptias aut quælibet natalia celebrare.* Autrefois cette prohibition s'étendait de l'Avent à l'Epiphanie, de la Septuagesime à l'Octave de Pâques, de la Rogation à la Pentecôte, et à trois jours de la semaine précédant la Fête de St. Jean-Baptiste, mais le Concile de Trente l'a réduite au temps qui s'écoule depuis le premier Dimanche de l'Avent jusqu'à l'Epiphanie et depuis le Mercredi des Cendres jusqu'à l'Octave de Pâques inclusivement. Cet empêchement n'est que prohibitif.

III.—DU DÉFAUT DES PUBLICATION DE BANS.

169. Avant le quatrième Concile de Latran tenu en 1215, la publication des bans de mariage était limitée à quelques

(1) No. 178 et suiv. jusqu'à 183.

Eglises particulières. Ce Concile l'étendit à toute l'Eglise. L'objet exprimé du Concile de Latran fut d'éviter la clandestinité des mariages, c'est-à-dire les mariages contractés avec des empêchements cachés, et de faciliter par la publicité résultant des bans, la révélation de ces empêchements. Le Concile de Trente non-seulement confirma le décret du Concile de Latran, par le Décret de Réforme passé dans sa session vingt-quatrième plus haut citée, mais il prescrivit le lieu, le temps et le nombre de ces publications, *Ter a proprio contrahentium parocho*, *tribus continuis diebus festivis*, *in Ecclesiâ inter missarum solennia publicâ denuntiatione inter quos matrimonium est contracturum* dit le Décret.

Cependant quelque vif qu'ait été le désir de ce dernier Concile de voir observer son Décret, il n'a pas fait du défaut de publication des bans un empêchement dirimant de mariage, ainsi que l'a déclaré la Congrégation du Concile, et que l'enseigne l'unanimité des Canonistes, qui le déclarent n'être que prohibitif.

Ces publications doivent être faites par le Curé de la Paroisse des conjoints ou par un prêtre par lui autorisé. S'ils appartiennent à différentes paroisses, les auteurs enseignent que les bans doivent être publiés dans les deux Paroisses. C'est ce qui résulte des termes du Concile de Trente *a proprio contrahentium parocho* et ce qu'a décidé la Congrégation du Concile. C'est aussi ce que porte l'Article 130 du Code.

170. Il n'est pas nécessaire que les publications soient faites dans la Paroisse où se célèbre le mariage, qui, avec la permission du Curé propre des conjoints, peut par délégation donnée à un autre prêtre, se faire dans une autre Paroisse. Si elles ont été faites dans la Paroisse où se trouve le domicile des conjoints, à l'époque où les bans sont publiés, il a été satisfait au précepte.

Il existe un doute sur la Paroisse où doivent se publier les bans, quand un des époux ou les deux ont quitté le lieu de leur domicile et l'ont transporté dans un autre lieu où ils ont commencé à acquérir un domicile ou un quasi-domicile. Pour résoudre la difficulté il faut distinguer : 1o. S'ils y ont de fait

un vrai domicile ou seulement un quasi-domicile ; 2o. S'ils ont fait au lieu de ce nouveau domicile ou quasi-domicile, un séjour suffisant pour y être connus ?

S'ils ont resté un mois et plus au nouvel endroit, avec intention d'y établir un domicile ou un quasi-domicile, les publications doivent se faire dans les deux Paroisses. Dans le cas contraire les publications sont suffisantes dans l'ancienne Paroisse, et on peut, pour cause raisonnable, les omettre dans la nouvelle.

Après un séjour de cinq ans, s'ils n'y ont acquis qu'un quasi-domicile, les publications doivent se faire dans les deux endroits. Si après ce séjour de cinq ans, ils ont acquis un vrai domicile au nouveau lieu, les publications peuvent être omises à l'ancien.

Les Bans des voyageurs (*vagi*), doivent être publiés dans le lieu où ils se marient et dans celui de leur origine, si la chose est possible.

171. Le Concile de Trente ordonne la publication des bans pendant trois jours de Fête consécutifs, *tribus festivis diebus continuis*, c'est-à-dire sans l'interposition d'autres jours de fête, quoiqu'il puisse se trouver et qu'il doive suivant certains auteurs, se rencontrer dans les intervalles des jours ouvrables, afin que ces intervalles facilitent la révélation des empêchements. L'interposition d'un Dimanche ou de deux jours de Fête, ne serait pas censé interrompre la continuité des publications. Si cependant deux mois s'écoulent après une ou deux publications elles doivent être répétées de nouveau, et il en est de même si le même intervalle de deux mois s'écoule après la dernière publication.

Dans les mariages mixtes, si les parties entendent le contracter devant le Curé catholique, les publications doivent se faire dans l'Eglise de la partie catholique, ainsi qu'il appert à la lettre de la Congrégation de la Propagation de la Foi à l'Archevêque de Baltimore, en date du 3 Juillet 1847. Cette décision qui n'est pas sans être contestée par les auteurs, ne s'étend qu'aux cas des mariages mixtes faits avec dispense, et

précédés des sûretés suffisantes obtenues au préalable de la partie protestante quant à la conservation de la foi de la partie catholique et l'éducation des enfants à naître.

IV.—De L'Empêchement de Religion Mixte.

172. Cet empêchement est de la plus haute antiquité dans l'Eglise. On trouve dans les Actes du Concile d'Elvire, tenu en Espagne, en 303, par conséquent avant le Concile de Nicée, le passage suivant : *Hœreticis qui errant ab Ecclesiâ Catholicâ, nec ipsis Catholicas dandas puellas, sed neque judæis dari placuit, eo quod nulla possit societas fidelis com infideli. Si contra interdictum fecerint parentes abstineri per quinquennium placet.* Les Conciles Œcuméniques de Laodicée tenu en 364 et celui de Chalcédoine, en 451, répètent la même prohibition. On peut encore citer des lettres de plusieurs Papes depuis le huitième siècle jusqu'à nos jours, écrites dans le même sens. C'est ce qui explique l'opinion de quelques vieux auteurs, qui trouvent les mariages des Catholiques avec les Protestants plus dangereux que les mariages avec les infidèles et qui ne croient pas que les dispenses accompagnées des plus grandes précautions même, puissent jamais les rendre licites.

Cependant le Saint Siége accorde aujourd'hui des dispenses qui rendent licites les mariages, aux conditions prescrites et qui peuvent varier, mais généralement à la condition que la partie Protestante promette solennellement et signe un écrit qui doit être inséré au registre de mariage, qu'elle ne cherchera pas à altérer la foi de la partie Catholique et que les enfants des deux sexes seront élevés dans la religion Catholique. Il existe une déclaration de Clément XIII en date du 29 Novembre 1764, qui permet les mariages mixtes dans le Diocèse de Québec (1) à ces conditions.

(1) Cette déclaration étend à ce Diocèse qui était alors composé de toute la Province, la déclaration de Benoît XIV en date du 4 Novembre 1741, permettant les mariages mixtes, c'est-à-dire entre les catholiques et protestants dans les provinces confédérées de la Belgique.

V.—Du Consentement des Parents aux Mariages de leurs Enfants Mineurs.

La question est controversée entre les auteurs, de savoir si le mariage des mineurs dont il a été question ci-haut et qui est prohibé par le Code qui en fait un empêchement dirimant, constitue, suivant le Droit Canon, un empêchement de mariage. Il n'est pas douteux que l'Eglise n'en a jamais fait un empêchement dirimant. Monseigneur Signaï Evêque de Québec, posa en 1835 la question à la Congrégation de la Propagation de la Foi, de savoir si le mariage de deux Catholiques mineurs contracté suivant les formes prescrites par l'Eglise, mais malgré leurs parents était valable, et la Congrégation répondit affirmativement.

Ces mariages sont valides sans doute, sous le rapport du lien, mais sont-ils affectés d'empêchements prohibitifs? Nous venons de le dire, les opinions sont partagées. Ils sont illicites et ne doivent être célébrés que pour causes graves approuvés par l'Ordinaire, mais une fois célébrés ce sont de vrais mariages.

Le Code et le Droit Canon sont donc en conflit sur ce point, mais nous verrons que la prohibition du Code ne s'applique qu'aux effets civils du mariage et non au lien dont il abandonne la validité au Droit Ecclésiastique.

Les empêchements prohibitifs sont sujets à dispense qui s'accorde par les personnes qui seront mentionnées dans une section particulière de ce livre, et qui suivra l'énumération des empêchements dirimants.

DES EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS DU MARIAGE.

Nous nous sommes déjà exprimé sur les empêchements dirimant provenant des autres causes, il nous reste à traiter maintenant des empêchements résultant 1o. de la condition, 2o. du vœu solennel de religion, 3o. de la disparité du culte, 4o. de la parenté spirituelle, 5o. de l'honnête publique, 6o. du crime, 7o. du rapt, 8 de l'ordre et 9o. du défaut de présence du propre Curé des parties, qui sont des empêchements dirimants.

I.- DE LA CONDITION.

173. Dans les temps et les lieux où l'esclavage était en vigueur,la servilité d'un des conjoints emportait la nullité de son mariage avec une personne libre qui ignorait la condition de l'autre. Telle était la disposition des Lois Romaines qu'a adoptée le Droit Canonique. Dans notre pays où la liberté civile est une des conditions essentielles de l'existence sociale, il ne saurait être question de ces mariages ni de cet empêchement.

II.—DU VOEU SOLENNEL.

174. Nous nous sommes exprimé dans le premier volume sur la distinction entre les Vœux simples de Religion et les Vœux solennels, la matière des Vœux solennels et les conditions essentielles de ces Vœux (1). Nous avons dit qu'ils emportent la mort civile de ceux qui les ont prononcés et qu'ils produisent l'incapacité de contracter un mariage valide.

Cette incapacité provient du Vœu de Chasteté, un des trois Vœux que prononcent les Religieux, et cette incapacité est un obstacle perpétuel à un mariage subséquent, qui le fait annuler quand il a été contracté, que ce mariage ait été ou non consommé. Mais l'effet du Vœu Solennel ne s'arrête pas aux mariages postérieurs à la profession. Il réagit sur les mariages légitimement contractés, *ratifiés*, *rata*, mais non consommés, et en opère la rupture. Le Vœu Solennel prononcé par une personne qui aurait contracté un mariage *ratifié* et consommé *ratum et consummatum* serait sans effet sur la validité de ce mariage. Mais il n'en est pas ainsi s'il n'avait pas été consommé. Le Vœu solennel d'un des conjoints le dirimerait en rendant à l'autre conjoint, la liberté de contracter un autre mariage, d'après l'opinion la plus commune.

Le Vœu Solennel a l'effet d'invalider un mariage subséquent, sans que cet effet soit étendu aux Vœux simples, excepté quant aux Jésuites dont les Vœux simples ont les mêmes effets

(1) Du numéro 169 au No. 197.

que les Vœux Solennels sur les mariages subséquents, sans que ces Vœux produisent cependant la dissolution du mariage antérieur non consommé.

III.—DE L'EMPÊCHEMENT DE DISPARITÉ DU CULTE.

175. Cet empêchement est celui qui affecte d'invalidité le mariage d'une personne baptisée, qu'elle soit Catholique ou Protestante, pourvu qu'elle ait reçu le baptême, avec un non baptisé, comme le serait un Juif ou un Musulman. On pourrait dire plus simplement le mariage d'un baptisé avec un non baptisé. Au douzième siècle cet empêchement était universellement reconnu dans l'Eglise. Pierre Lombard Evêque de Paris, plus connu sous le nom de Maître des Sentences *Magister Sententiarum*, qui écrivait pendant ce siècle s'exprime ainsi dans sa quatrième Sentence, distinction 39 : (1). *Post hæc de dispari cultû verendum est etiam una de causis, quibus personæ illegitimæ fuerunt ad contrahendum matrimonium.*

Cet empêchement étant de Droit Ecclésiastique, le Souverain Pontife peut en dispenser valablement, mais il le fait généralement avec les précautions quant à la foi du conjoint chrétien et des enfants à naître du mariage, qui s'observent dans les mariages mixtes.

IV.—DE LA PARENTÉ NATURELLE OU DE LA CONSANGUINITÉ ET DE LA PARENTÉ SPIRITUELLE.

176. Nous nous sommes assez amplement expliqué aux Articles 124, 125 et 126, sur les empêchements de parenté ou de consanguinité que nous appelons parenté naturelle pour la distinguer de la parenté spirituelle dont il va être question, pour n'avoir pas besoin de revenir sur ce sujet, excepté pour dire que les empêchements restreints par le Code au second degré de la ligne collatérale, s'étendent au quatrième degré par le Droit Canonique, c'est-à-dire jusqu'aux enfants des cousins issus de germains dans la ligne descendante, et jusqu'aux

(1) C'est de lui qu'il est si souvent question dans la somme de St. Thomas.

frères et sœurs du bisayeul dans la ligne ascendante, ce qui pratiquement donne le résultat suivant, en donnant un exemple qui peut facilement s'appliquer à toutes les hypothèses.

Nous dirons donc Jacques ne peut épouser :

1o. Sa sœur parce qu'ils sont au.....Premier Degré.
2o. Sa cousine germaine .....Second "
3o. Sa cousine issue de germains.....Troisième "
4o. La fille de sa cousine issue de germains..Quatrième "
5o. Sa tante ou la sœur de son père ou de sa mère.....Second "
6o. Sa grand'-tante ou la sœur de son grand-père .....Troisième "
7o. La grand'-tante de son père qui est la sœur de son bisayeul.....Quatrième "

177. Dans le premier degré de la ligne collatérale, qui est celui du frère et de la sœur et dans le second degré descendant de cette ligne, qui est la parenté des cousins germains, ou des premiers cousins, les degrés sont toujours égaux; ils sont aussi égaux dans le troisième et quatrième degré, quand les parents sont respectivement cousins issus de germains ou enfants de cousins issus de germains, mais ils sont en degrés inégaux, quand le mariage proposé est entre un cousin germain et l'enfant de son cousin germain, ou le petit-enfant et le cousin germain. Dans la ligne collatérale ascendante, qui est le mariage d'une nièce ou d'un neveu avec son oncle ou sa tante, le frère ou sœur de son père ou de sa mère, ou oncle ou tante au premier degré, avec son grand-oncle ou sa grand'-tante, oncle ou tante au second degré, ou avec le grand-oncle ou la grand'tante de son père, frère ou sœur du bisayeul ou oncle et tante du troisième degré, les degrés sont toujours inégaux. On dit que la parenté du premier cousin avec sa seconde ou troisième cousine est au troisième et au quatrième degré, quoique le premier cousin ne soit éloigné que de deux degrés de la souche commune qui est son grand-père et le bisayeul du second cousin, parce que ce dernier en est éloigné de trois degrés et le troisième cousin de quatre degrés, et qu'en degrés inégaux de parenté, c'est le

degré le plus éloigné qui détermine la relation de parenté, c'est-à-dire que le degré le plus éloigné attire le plus rapproché. *Remotior proximiorem trahit.*

Il en est ainsi de la ligne collatérale ascendante. On dit que l'oncle et la tante sont au second degré, le grand-oncle et la grand'tante au troisième degré et le grand-oncle et la grand'tante frères et sœurs du bisayeul au quatrième degré, avec leurs neveux et nièces petits-neveux et petites-nièces et arrières petits-neveux et arrières petites-nièces, quoique ces divers oncles et tantes et grands-oncles et grand'-tantes ne soient respectivement qu'au premier degré avec les père et mère, grand-père et grand'-mère, bisayeul et bisayeule et trisayeul et trisayeule des neveux et nièces, parce que ces neveux et nièces, petits-neveux et petites-nièces et arrières petits-neveux et arrières petites-nièces, sont au second, troisième et quatrième degré avec eux.

178. La parenté spirituelle est un lien créé par le baptême et la confirmation entre certaines personnes déterminées par le Droit Canon. Cet empêchement de Droit Ecclésiastique s'étendait autrefois à un plus grand nombre de personnes qu'aujourd'hui.

D'après le Concile de Trente (1), cet empêchement ne dirime le mariage qu'entre le parrain et la marraine et le baptisé qui devient leur enfant spirituel, entre le baptisant et le baptisé, entre le baptisant et la mère du baptisé, et entre le parrain et la marraine du baptisé d'une part et ses père et mère de l'autre. La relation du baptisant et du parrain avec le baptisé s'appelle compaternité. L'alliance qui se contracte par la confirmation ne passe pas non plus celui qui confirme, et celui qui est confirmé avec son père et sa mère et celui qui le tient. (2)

(1) Ses. XXIV, de Ref. Mat. cap. 2. *Unus tantum, sive vir sive mulier, juxta sacrorum canonum instituta, vel ad summum unus et una baptizatum de baptismo suscipiant ; inter quos ac baptizatum ipsum et illius patrem, et matrem, nec non inter baptizantem, et baptizatum, baptizati que patrem ac matrem tantum spiritualis cognatio contrahatur.*

(2) *Ea quoque cognatio, quæ ex confirmatione contrahitur, confirmantem, et confirmatum, illius que patrem et matrem, ac tenentem non egrediatur ; omnibus inter alias personas hujus spiritualis cognationis impedimentis omnino sublatis.*

L'empêchement provenant de la parenté spirituelle remonte aux premiers siècles de l'Eglise. Justinien en fait une mention spéciale au Code,de Nup. l. 26 où il dit : *Et persona omnino ad nuptias prohibanda declaratur, quam aliquis, sive alumna sit, sive non, a sacro suscepit baptismato.* Il a toujours été suivi depuis.

179. L'adoption n'étant pas en usage parmi nous, nous ne connaissons pas la parenté appelée parenté légale qui en résulte et qui dans les pays d'adoption, forme un empêchement dirimant de mariage, entre l'adoptant et l'adopté et la famille de ce dernier, dans certains cas particuliers.

L'affinité légitime produit des empêchements dirimants dans les mêmes degrés que la parenté. La règle est générale.

Quant à l'affinité qui naît d'une conjonction illicite, le Concile de Trente a restreint l'empêchement au premier et au second degré en collatérale, c'est à dire entre une des personnes qui ont eu un commerce illicite ensemble, et le frère et sœur, oncle et tante, cousins germains et cousines germaines de l'autre.

En ligne directe l'affinité provenant de la copulation illicite dirime le mariage de l'une des parties avec les ascendants et les descendants de l'autre à l'infini, de même que l'affinité légitime.

V.—DE L'EMPÊCHEMENT D'HONNÊTETÉ PUBLIQUE.

180. Cet empêchement est celui qui naît des fiançailles par paroles de futur, *per verba de futuro*, non suivies de mariage entre un des fiancés et les parents de l'autre fiancé. Il naît aussi d'un mariage ratifié mais non consommé *ratun sed non consummatum*, contracté clandestinement par paroles de présent *per verba de præsenti.*

Avant le Concile de Trente cet empêchement s'étendait jusqu'au quatrième degré comme celui provenant de l'affinité légitime, mais ce Concile dans sa session 24 c. 3 de *réform. matr.* l'a restreint au premier degré quand il naît des fiançailles.

VI.—DE L'EMPÊCHEMENT DU CRIME.

181. Autrefois plusieurs crimes empêchaient le mariage, et entre autres l'adultère qui non seulement produit un empêchement prohibitif de mariage entre l'adultère et sa complice, mais encore le dirime.

Vers la fin du neuvième siècle, le Droit Ecclésiastique parait avoir adopté ce principe et avoir prohibé le mariage des complices de l'adultère, après la dissolution du mariage existant de l'un ou des deux côtés, lors de la perpétration du crime. Le Décret de Gratien publié au douzième siècle, question première cause 31, décide que le mariage des personnes coupables d'adultère n'est invalide entre eux, que quand ils se sont pendant l'existenee du mariage antérieur, promis de s'épouser après sa dissolution. La doctrine telle que suivie aujourd'hui a été définitivement établie par les chapitres 7 et 8 des Décrétales L. IV. Tit. 7. Cette doctrine est la suivante : L'adultère rend les adultères inhabiles à contracter mariage ensemble dans l'un des quatre cas suivants :

1o. Quand du vivant de l'époux de l'un ou des deux, les personnes adultères contractent de fait mariage ensemble, tout invalide qu'il soit.

2o. Quand l'adultère est commis avec la promesse de s'épouser après la mort de l'époux ou des époux vivants.

3o. Quand de deux personnes qui ont commis l'adultère, l'une tue son époux ou l'époux de son complice, dans la vue de l'épouser.

4o. Quand sans commettre l'adultère, l'homicide d'un des époux est commis par deux personnes afin de pouvoir s'épouser après sa mort, soit que l'homicide ait été commis par eux personnellement, soit par une autre personne à leur instigation et sur leur ordre.

VII.—DE L'EMPÊCHEMENT DE RAPT.

182. Nous avons fait plus haut la différence entre le rapt appelé de séduction et le rapt de violence. Nous avons démontré

que le rapt de séduction n'est qu'une fiction des Jurisconsultes français du dix-septième et du dix-huitième siècle, pour donner une couleur légale à la dissolution du mariage pour défaut de consentement des père et mère au mariage des enfants mineurs, et que dans les vrais principes du Droit Civil, la violence seule et non la séduction annule les contrats et que partant de ces principes, le Droit Canon n'avait avec raison admis que le rapt de violence comme empêchement dirimant. Il faut voir maintenant ce qu'est ce rapt de violence ou simplement le rapt.

Le rapt est l'enlèvement violent d'une personne pour l'épouser. Le Code Théodosien, L. 1. l. *unic de raptâ* virg., confirmé par le Code Justinien de episic. et cleric. l. 54, et les Novelles 143 et 150 font du rapt un crime punissable du dernier supplice, sans que le consentement de la femme ravie à épouser son ravisseur puisse le faire absoudre, parce qu'on suppose que le consentement a été extorqué par la continuation de la violence.

Les Canons de l'Eglise n'ont pas donné leur consentement à cette doctrine sévère, car d'après le Décret de Gratien, cause 36, question 2, c. 6, 7, 8, bien que les ravisseurs soient sujets à l'excommunication, ils sont admis à la pénitence, et après satisfaction, toute espérance d'épouser la personne ravie ne leur est pas enlevée. La raison de cet adoucissement des lois des Empereurs est facile à saisir, car souvent le mariage est l'unique moyen de réparer le déshonneur de la famille offensée, et d'apaiser les dissensions créées par l'enlèvement. Au onzième siècle et dans les suivants, le rapt avait cessé d'être un empêchement de droit public, et le simple consentement de la personne ravie validait le mariage. C'est dans ce temps qu'Innocent III rendit la réforme que l'on peut consulter aux Décrétales chap. 7, liv. V, lit. 17, où il est dit : *Rapta puella legitime contrahit cum raptore si prior dissentiens transeat post modum in consensum, et quod ante displicuit, tandem incipiat complacere ?*

183. Sur la demande de Charles IX, le Concile de Trente, à cause des scandales qui s'autorisaient de la clémence de cette doctrine, fit du rapt un empêchement dirimant tant

que la personne ravie reste au pouvoir du ravisseur, prenant ainsi un terme moyen entre la rigueur du Droit Civil et l'indulgence des Décrétales.

Le rapt produit un empêchement dirimant aux conditions suivantes :

1o. L'enlèvement doit être causé par la violence physique c'est à dire par main mise, *per manûs injectionem*, ou par une violence morale déterminée par une crainte grave ou des menaces considérables faites par le ravisseur ou ses affidés. Si la femme consent, même malgré ses parents, il n'y a pas de rapt.

2o. La femme doit être enlevée d'un lieu sûr et conduite dans un lieu plus éloigné, que ce dernier lieu soit la maison du ravisseur ou de ses amis, pourvu que la femme y soit entraînée par violence.

3o. Une femme seule peut être ravie : l'empêchement n'a pas lieu si c'est l'homme qui est enlevé ; (cas peu supposable !) mais dans ce cas, le mariage peut être affecté de l'empêchement de violence et de crainte. Il n'importe pas que la femme ravie soit fille ou veuve, fiancée ou mariée, vierge ou déflorée, vertueuse ou incontinente, car le but de l'empêchement est de conserver à la femme sa pleine liberté de consentement au mariage.

4o. L'empêchement ne dure qu'aussi longtemps que la femme demeure au pouvoir du ravisseur, et n'est pas remise en lieu sûr. Ainsi rendue à la liberté, si elle donne son consentement au mariage, il devient valide.

5o. Le rapt n'est un empêchement qu'au cas ou il a été commis dans la vue du mariage. S'il a eu lieu pour toute autre cause, par exemple pour satisfaire une passion licencieuse, il ne produit pas d'empêchement.

Dans la demande de dispense, concernant plusieurs empêchements, si l'on veut que la dispense couvre l'empêchement de rapt, mention spéciale en doit être faite, sinon la dispense sera invalide par rapport à cet empêchement, parce que toutes les commissions de dispenses décernées par le Saint Siége sont revêtues de la formule : *Si mulier rapta non fuerit.*

VIII.—De l'empêchement de l'Ordre.

184. Il est inutile de rechercher ici à quelle époque le mariage a été interdit par l'Eglise aux personnes promues aux Ordres sacrés. Il est certain que cette interdiction remonte à une bien haute antiquité. Les Conciles les plus anciens et les ouvrages des pères de l'Eglise le prouvent abondamment. La loi 45 du Code de Justinien, Tit. *de Epis. et cler.* les déclare invalides. Depuis des siècles l'Ordre avait été dans toute l'Eglise, un empêchement dirimant qu'a solennellement confirmé le Concile de Trente, en ces mots : *Si quis dixerit, Clericos in Ordinibus constitutos vel regulares castiattem solenniter professos,posse matrimonium contrahere, contractum validum esse, nonobstante lege Ecclesiastiâ vel voto, anathema sit.* Cette prohibition s'étend à tous les Ordres Sacrés y compris le sous-diaconat.

Un clerc promu aux Ordres ne peut pas se marier, mais un homme marié peut recevoir les Ordres Sacrés, à des conditions particulières, spécialement à la condition que sa femme y consente et qu'elle donne des garanties qu'elle vivra dans la chasteté. Il n'est pas ici question d'un homme devenu veuf, à l'ordination duquel le mariage dissous par la mort de son épouse, ne fait pas obstacle.

En cas de divorce à *toro et mensâ*, c'est-à-dire de la séparation de corps et d'habitation (et non du divorce à *vinculo*, qui n'est pas reconnu par le Droit Canonique), prononcé judiciairement ou causé par l'adultère public et notoire de la femme, le mari innocent peut être promu aux Ordres. Si au contraire, la séparation est motivée par l'adultère du mari, ce dernier ne peut quoique corrigé, recevoir les Ordres, qu'à la condition que sa femme entre en religion.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que le mariage n'est pas toujours un empêchement aux Ordres Sacrés, pendant que les Ordres Sacrés forment sans aucune exception un empêchement dirimant au mariage. Nous établirons plus tard la généralité et l'inflexibilité de l'empêchement, en démontrant que les personnes promues aux Ordres Sacrés ne peuvent contrac-

ter un mariage valide, même en cas d'apostasie et que l'invalidité de ce mariage est reconnue par la loi des pays protestants même.

IX.—DE L'EMPÊCHEMENT DE CLANDESTINITÉ.

---

185. Les mariages clandestins ou contractés dans le secret, ont toujours été défendus par l'Eglise. Dès la plus haute antiquité, ils ont été considérés comme illicites, et la clandestinité a formé un empêchement prohibitif de mariage. Cependant jusqu'au Concile de Trente, elle ne constituait pas un empêchement dirimant. C'est ce que le Concile a déclaré pour le passé, en condamnant avec anathème les sectateurs de la doctrine contraire.

Cependant par le Décret que nous avons cité, le Concile a ordonné qu'à l'avenir, nul mariage ne serait valide, à moins qu'il ne fut contracté devant le propre Curé des parties et de deux ou trois témoins. Depuis ce Décret, tout mariage contracté dans les lieux où le Décret a été publié, sans la présence du Curé et des témoins, est frappé de nullité absolue. Cette nullité résulte de deux motifs, de l'incapacité de la personne que le Décret déclare inhabile à contracter mariage, sinon en présence du Curé et des témoins, et du vice de forme dans le contrat ; car ici la présence du Curé et des témoins est une forme substantielle, à l'accomplissement de laquelle, est subordonnée la validité du contrat qui ne peut se former sans elle. Nous avons en Droit Civil, des exemples de cette défaillance du contrat par défaut de solennité. La Donation entrevifs d'un immeuble ne peut valoir, que quand elle est faite par un acte authentique ; la femme qui n'est pas nommément *autorisée* par son mari, ne peut dans certains cas s'obliger.

La loi du Décret est incontestablement une loi territoriale en ce sens, qu'elle n'est en vigueur que dans les lieux où ce Décret a été publié. Mais elle est aussi une loi personnelle qui s'attache aux personnes qui l'habitent, et qui tant qu'elles y conservent leur domicile, et qu'elles n'ont pas acquis dans les lieux où le Décret n'est pas en force, un domicile suivant

ce que nous avons vu sur l'article 63, n'y peuvent contracter un mariage valide.

Les mariages contractés à l'étranger, sont sujets à des distinctions qu'il n'est pas dans le plan de cet ouvrage d'énumérer maintenant et qui trouveront naturellement leur place sur l'article 135 ainsi conçu : " Le mariage célébré hors du Bas-" Canada entre deux personnes sujettes à ses lois ou dont l'une " seulement y est soumise, est valable s'il est célébré dans les " formes usitées au lieu de la célébration, pourvu que les " parties n'y soient pas allées dans le but de faire fraude à la loi."

Nous avons ici énoncé la règle générale, nous verrons plus tard les exceptions et les distinctions.

SECTION II.

DES DISPENSES DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE.

SOMMAIRE.

186. Qu'est-ce que la dispense des empêchements de mariage. Ses caractères et conditions.
187. Qui exerce le pouvoir de dispenser ?
188. Disposition des droits romains à ce sujet.
190. Sur quels empêchements se porte ce pouvoir ?
191. Suite.

COMMENTAIRE.

186. Dans la pureté des principes, la dispense des empêchements de mariage est la dérogation particulière faite, pour des causes justes et suffisantes, à la règle générale imposant des conditions de licité ou de validité du mariage, en vertu de laquelle dérogation, un mariage qui sans elle aurait été illicite ou invalide, peut se contracter licitement ou validement. C'est par grâce spéciale, la remise de l'empêchement accordée par la puissance qui l'a établi. Quoique entièrement facultative à cette puissance, cette grâce n'est cependant pas à proprement parler, subordonnée à son bon plaisir. Elle doit avoir une juste cause et cette cause, bien que le pouvoir qui dispense soit le juge absolu de sa suffisance, ne doit pas répugner aux motifs qui ont fait créer l'empêchement, elle doit être au contraire de

nature à les favoriser. Pour purifier le mariage et lui faire produire la plus grande somme de bien dont il soit susceptible, la puissance dont il relève lui a, dans l'intérêt de la famille chrétienne et de la société civile, imposé des conditions générales de convenance et de validité. Mais comme dans des cas particuliers, le défaut d'accomplissement de ces conditions peut ne pas produire le mal qu'elle redoute et ne pas empêcher le bien qu'elle se propose ; comme au contraire, la somme de bien, que dans l'intérêt de la société et des contractants, certains mariages frappés d'empêchements produisent, surpasse celle des inconvénients que le maintien de l'empêchement entraînerait, l'Eglise en accorde quelquefois la dispense. Sur chaque demande de dispense, la question qui se présente est donc de savoir, si le mariage proposé produira plus de bien que de mal, ou bien si la somme de bien excédera le mal que pourrait produire la dispense, ou bien encore si lors de la création de l'empêchement général, le cas particulier ayant été prévu, il aurait été excepté de la règle, et suivant la réponse, la dispense est accordée ou elle est refusée.

Le pouvoir abstrait de dispense n'a rien d'exorbitant du droit commun en matière de législation. Toutes les lois sont sujettes à des dérogations spéciales, au profit des cas qui méritent une faveur particulière, et c'est dans l'intérêt public aussi bien que dans l'intérêt de ceux qui les obtiennent, que le législateur, en exception au droit général, accorde des priviléges spéciaux. C'est sur ce principe qu'est fondée notre législation en matière de lois privées.

187. Le droit de dispense étant reconnu, il s'agit de savoir par qui il doit s'exercer. C'est évidemment par le pouvoir auquel appartient le droit de législation sur le mariage. L'autorité qui fait la loi a le pouvoir d'y déroger, et ce pouvoir n'appartient qu'à elle seule. Le droit civil et le droit canon s'accordent sur ce point ; nous l'avons prouvé plus haut par deux règles de droit empruntées au digeste et aux décrétales. Or l'Eglise, comme nous l'avons vu, ayant le droit de créer des empêchements de mariage, il s'en suit qu'elle a le droit d'en dispenser.

Le Concile de Trente n'a donc pas énoncé une doctrine exorbitante des principes ordinaires du droit, quand il a proclamé avec anathème contre ses contradicteurs, la compétence de l'Eglise à accorder des dispenses des empêchements de mariage.

Le Souverain Pontife, comme chef de l'Eglise, et revêtu de son droit de législation, a-t-il le droit d'accorder des dispenses de mariage, ou ce droit appartient-il à l'Evêque dans chaque diocèse, ou concurremment aux deux? Pothier, dans son Traité du Contrat de mariage, (1) agite cette double question, mais il ne la résoud pas. Nous croyons que d'après la doctrine et la pratique certaine, ce droit appartient au Souverain Pontife seul, et que quand les Evêques l'exercent, ce ne doit être qu'en vertu de la disposition d'une loi particulière ou de la délégation que leur en confère le Saint Siége.

188. D'après les lois romaines, un mariage ne pouvait être validement contracté entre un homme d'une condition honnête et une femme qui avait fait le métier de comédienne. Par la loi 23 Code *de Nupt.* Justinien permit aux femmes ayant quitté cet état, de s'adresser à lui pour obtenir dispense de cet empêchement.

Une Constitution d'Arcade et d'Honorius, telle que rapportée en la loi unique *Cod. Théod. si nup. ex rescrip. pet.* nous apprend, que les Empereurs accueillaient favorablement la demande de dispense de l'empêchement de mariage, pour cause de parenté entre cousins germains, établie par une loi de Théodose le Grand.

Ces exemples sont cités pour faire voir, que la loi civile reconnaît la légitimité des dispenses des empêchements de mariage. Le Code Napoléon lui-même, article 164, a consacré le principe des dispenses de mariage en réservant à l'Empereur la faculté de lever les prohibitions faites par l'article 163 ; c'est-à-dire d'accorder des dispenses de l'empêchement établi par ce dernier article, contre le mariage de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu.

Puisque dans l'opinion des partisans de la compétence du

(1) No. 256.

pouvoir civil, à établir des empêchements de mariage, on reconnait la faculté d'en dispenser, pourquoi l'Eglise à qui on nierait vainement cette compétence, n'userait-elle pas de la même faculté ?

190. Le pouvoir de l'Eglise, en matière de dispense, ne se porte pourtant pas sur tous les empêchements. Elle n'a aucun contrôle sur les empêchements de droit naturel ou de droit divin positif, c'est-à-dire qu'elle ne peut dispenser de l'accomplissement des conditions essentielles au mariage. Ainsi nulle dispense ne peut être accordée des empêchements provenant du défaut de consentement, d'un mariage subsistant, de l'impuissance, du défaut de puberté, de l'erreur et du rapt tant que la personne ravie demeure au pouvoir du ravisseur, parce que ce sont des empêchements de droit naturel. Quant à la parenté et l'affinité, elles forment dans la ligne directe, un empêchement dont il ne saurait s'accorder de dispense. Pour ce qui est de l'empêchement de parenté collatérale, moins l'empêchement du premier degré, dispense peut s'en accorder. Quelques auteurs prétendent que cette faculté s'applique même à ce degré, c'est-à-dire au mariage du frère et de la sœur, en ce sens, que cet empêchement est de droit positif, bien que tout en soutenant l'existence de ce droit abstrait, ils admettent qu'il n'existe pas d'exemple de dispense de ce genre. Il serait oiseux de discuter cette prétention, qui toutefois paraît inadmissible, puisque personne n'a jamais demandé et probablement ne demandera jamais une semblable dispense. L'affinité, même au premier degré, c'est-à-dire entre beaux-frères et belles-sœurs et tous les autres degrés de parenté collatérale, forment des empêchements dont la dispense est permise. Il existe des exemples assez nombreux du mariage de l'oncle avec la nièce, contracté avec dispense, mais il n'en existe pas, du moins nous le croyons sans rien affirmer à ce sujet, du mariage de la tante avec le neveu.

191. Les empêchements provenant de la parenté spirituelle se lèvent facilement. Il n'en serait pas ainsi de celui provenant des fiançailles, quand l'un des fiancés voudrait épouser un ascendant ou un descendant de l'autre. Le même obstacle

ne saurait s'opposer à l'obtention de la dispense, quand un des fiancés voudrait épouser un des collatéraux de l'autre. La dispense de l'empêchement provenant du crime d'adultère ne s'obtient jamais, de manière à permettre un mariage en contemplation entre les adultères, mais on permet la réhabilitation du mariage contracté au mépris de cet empêchement. La profession religieuse et les ordres sacrés forment des empêchements dont il ne s'obtient pas de dispense. Cependant, dans les principes abstraits du droit, le Souverain Pontife a le droit de relever des vœux solennels, et de l'engagement dans les ordres sacrés, bien qu'il n'en use pas, excepté dans des cas bien exceptionnels. Bref, l'Eglise a le droit de dispenser de tous les empêchements qu'elle a le droit de créer et comme sa puissance à cet égard, ne reçoit d'obstacle que du droit naturel et du droit divin positif, son droit de dispense ne connaît pas d'autres limites.

II.

DE LA LOI ANGLAISE SUR LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

192. Quel était l'ancien droit matrimonial de l'Angleterre, et quel est-il encore aujourd'hui ?
193. Autorité du droit canonique et ses modifications.
194. Législation de Henri VIII sur les empêchements de mariage.
195. Législation des règnes suivants.
196. Suite.
197. Suite. Législation d'Edouard VI.
198. Conséquences de cette législation.
199. Solennisation du mariage en Angleterre.
200. Détails historiques sur les mariages clandestins.
201. Mariages consensuels.
202. Jurisprudence des tribunaux laïques et ecclésiastiques au sujet de ces empêchements.
203. " Marriage Act " de Lord Hardwicke.
204. Suite de ce sujet.
205. Parallèle entre le mariage suivant le droit anglais et le mariage suivant le droit de la Colonie, à l'époque de la Cession du pays.

COMMENTAIRE.

192. A l'époque de la Réforme, le droit matrimonial de l'Europe, comme nous l'avons déjà dit, (1) était le droit canonique, et malgré la révolution opérée dans l'ordre religieux, ce droit régit encore le mariage dans les pays protestants. Il y a sans doute reçu des modifications inévitables, du changement produit dans la société civile et religieuse, et par contre-coup dans les idées et la législation, par la séparation des Eglises réformées de l'Eglise Romaine, mais la source n'en a pas été altérée, et les Décrétales peuvent être aujourd'hui citées devant la Cour de divorce, comme elles l'étaient devant l'official de Cantorbery, à la fin du quinzième siècle. Malgré l'établissement de cette Cour en Angleterre, les tribunaux Ecclésiastiques qui y sont encore en existence, n'ont pas été dépouillés de toute leur juridiction sur le mariage, et c'est encore au droit canon, tel qu'il s'enseignait dans les universités où l'ont étudié Luther et Calvin, qu'ils remontent, pour y trouver le principe de leur compétence. On peut même affirmer qu'en matière matrimoniale, le droit canon est en Angleterre, ce qu'est le droit commun en matière civile ; qu'il y est resté en force, aussi longtemps qu'il n'a pas été abrogé par la législation statutaire.

193. Nous avons vu Lord Thurlow, dans un discours prononcé en 1805, dans la Chambre des Lords, sur une demande de divorce faite par Madame Addison, pour cause d'adultère incestueux commis par son mari avec une de ses parentes, (de Madame Addison) fonder son opinion favorable au divorce, sur l'autorité du Décret de Gratien et Lord Eldon alors Chancelier d'Angleterre, l'approuver explicitement.

S'il était besoin de preuves, pour établir l'autorité du droit canon en Angleterre, à l'époque de la Réforme, cette autorité se trouverait surabondamment dans le fait, qu'un grand nombre de Décrétales ont été occasionnées par des controverses soulevées dans ce pays et ont été adressées à des Evêques anglais. Il est même remarquable, que ce fut en faveur des Anglais nouvellement convertis, que la première dispense d'un empêchement de parenté fut accordée.

Il n'est pas douteux qu'en Angleterre, le droit pontifical ait

(1) No. 34. (2) No. 35.

été modifié comme dans les autres pays d'ailleurs, par les constitutions provinciales et notamment par les Constitutions Légatoires (Legatine Constitutions) publiées par Othon, légat de Grégoire IX, et par Ottoban (qui fut lui-même Pape sous le nom d'Adrien V) légat de Clément IV, lesquelles furent étendues également aux deux Provinces de Cantorbery et d'York. Mais ces Constitutions particulières ne formaient que des exceptions au droit commun et en confirmaient les principes généraux.

194. Henri VIII eut sans doute l'intention de réformer le droit canon, comme il avait réformé la doctrime religieuse, et c'est dans ce but, que fut passé le Statut 25 Hen. 8, C. 19, donnant au Roi le pouvoir de nommer une commission de trente-deux membres, composée par moitié de membres du clergé et de laïques, aux fins de procéder à la révision et à la réforme du droit canon.

Deux ans plus tard, cette commission n'ayant pas été nommée, la même autorité fut continuée au Souverain, par le Statut 27 Hen. 8, c. 15, et enfin par le Statut 35 Hen. 8, c. 16, elle lui fut confirmée pour le reste de sa vie. Ce dernier Statut contient la disposition suivante qui est remarquable, en ce qu'elle perpétue l'autorité des constitutions canoniques et du droit Ecclésiastique, tel qu'il existait alors, jusqu'à l'époque de son abrogation spéciale. " Until such time as the King " and the said two and thirty persons have accomplished the " effects and contents before rehearsed ; such canons, " constitutions, ordinances, synodal or provincial or *other* " *ecclesiastical laws or jurisdiction spiritual*, as be yet accus- " tomed and used here in the church of England, which " necessarily and conveniently are requisite to be put in ure " and execution for the time, not being repugnant, contrariant " or derogatory to the laws or statutes of the realm, nor to the " prerogatives of regal crown of the same, or any of them, " shall be occupied, exercised and put in ure for the time, " within this realm : and that the minister and due executor " of them, shall not incur any damage or danger for the due " exercising of the aforesaid laws, so that by no colour or

" pretence of them, or any of them, the minister put in use " any thing prejudicial or contrary to the regal power or laws " of the realm, anything whatsoever to the contrary of this " present act notwithstanding."

Henry VIII mourut sans avoir nommé la commission en question et opéré les réformes contemplées, dans le droit Ecclésiastique.

195. Le même pouvoir fut accordé à Edouard VI, son fils, par le statut 3 et 4 Ed. 6 c. 11. Ce souverain nomma la commission qui, par l'entremise d'un comité de huit de ses membres, parmi lesquels se trouvait l'Archevêque Cranmer, fit sur le modèle des Décrétales, un plan de réforme, qui fait l'objet d'un volume publié par Cranmer et qu'il intitula : *Reformatio legum Ecclesiasticarum;* mais le roi étant mort peu de temps après, l'ouvrage ne reçut pas de sanction.

Sous le règne de Marie, toute cette législation fut abrogée par le Statut 2 P. et M. c. 8. La chose en resta là jusqu'au règne d'Elizabeth, qui fut revêtue par le Statut 1 El. c. 1 du pouvoir conféré à Henry VIII par le Statut 25 Hen. 8. c. 19, mais bien que grâce aux efforts de l'Archevêque Parker, le parlement tenu dans la treizième année du règne de cette princesse, ait été saisi du sujet, la réforme ne fut jamais exécutée, de sorte que le droit canon est resté en Angleterre, ce qu'il était sous le règne de Henry VIII.

On ne peut omettre les Constitutions et les Canons décrétés en 1603, par les Evêques et le clergé de la Province de Cantorbery, assemblés en convocation sous la présidence de l'Evêque de Londres et qui furent sanctionnés par le Roi ; mais il est admis que n'ayant pas été ratifiés par le Parlement, elles ne sont obligatoires que pour le clergé et ne lient pas les laïques, ainsi que l'a décidé Lord Hardwicke, dans la cause de Middleton et Croft.

On ne peut pas dire la même chose des neuf articles de 1562, décrétés par le clergé des deux Provinces qui furent ratifiés par le Parlement, et dont le seul article ayant rapport au mariage, est le second, qui reconnaît la suprématie et la compé-

tence du Roi, dans les causes Ecclésiastiques et punit par l'excommunication, l'inculpation de cette doctrine.

196. Comme le reste des matières soumises à la juridiction Ecclésiastique, le mariage n'a donc pas, depuis la Réforme, cessé d'être sujet au droit canonique, en Angleterre, comme nous l'avons dit plus haut, mais au droit canonique modifié par les idées nouvelles en matière religieuse et en particulier par le déplacement de suprématie Ecclésiastique, ravie au Souverain Pontife et transférée au Roi. Ce principe de la compétence du pouvoir temporel dans les matières religieuses et mixtes, a nécessairement validé la législation du Parlement Anglais en matière de mariage.

Cette législation se divise en deux parties. La première est relative aux empêchements de mariage et la seconde à sa célébration.

Il n'y a que trois statuts impériaux en force, relatifs aux empêchements de mariage, ce sont les statuts 25 Hen. VIII, c. 22, 32 Hen. VIII, c. 38 abrogé en grande partie par le statut 2 et 3 Ed. VI, c. 23.

Par le premier statut, il est décrété, à cause des abus qui résultent des mariages contractés dans les degrés prohibés par la loi de Dieu, (God's laws) c'est-à-dire entre le fils et la mère ou la belle-mère, le frère et la sœur, le père et la fille de son fils ou de sa fille, le fils et la fille du père ou de la belle-mère, le neveu et la tante, ou la femme de son oncle, le père et la femme de son fils, le frère et la femme de son frère, le mari et la fille de sa femme, ou la femme du fils de sa femme, ou la fille de la fille de sa femme ou la sœur de sa femme, qu'à l'avenir il ne sera permis à personne, dans le royaume de contracter semblables mariages, sans aucune faculté de dispense ; et qu'au cas où semblables mariages auraient été contractés par le passé, et où les personnes ainsi mariées auraient été séparées par aucun Evêque, Archevêque ou ministre de l'Eglise d'Angleterre, telle séparation soit valide et reste permanente pour toujours et que les enfants procréés de ces mariages soient privés des priviléges de la légitimité.

Par ce Statut, les empêchements de parenté sont ainsi res-

treints dans les degrés prohibés par le Lévitique, avec suppression du droit de dispense dans ces degrés et le mariage est déclaré valide dans les degrés plus éloignés.

197. Le Statut 32 Henri VIII, c. 38, déclare : qu'à compter du premier Juillet 1540, nul mariage contracté en face d'Eglise, (l'Eglise d'Angleterre) et suivi de consommation ne sera invalidé par l'empêchement survenant d'un mariage antérieur, contracté par l'un des conjoints avec une autre personne, non célébré en face d'Eglise et non consommé ; il confirme la disposition du Statut précédent, restreignant les empêchements de parenté dans les degrés du Lévitique, et prohibe l'introduction de toute action judiciaire devant les cours ecclésiastiques à raison de tel mariage antérieur, que ce statut appelle *pre-contract*, qui est le mariage que nous avons ci-haut appelé mariage *consensuel*, dans le cas où il n'a pas été consommé, et à raison de la parenté en dehors des degrés prohibés par les deux statuts.

Le Statut 2 et 3 E. VI, c. 23, après avoir récité le Statut 32 Hen. VIII, c. 38, abolissant l'empêchement provenant d'un mariage antérieur, *pre-contract*, non solennisé en face d'Eglise et non consommé, ajoute : " que depuis la passation de ce sta-
" tut, bien qu'il eût été fait pour de bons motifs, le dérègle-
" ment des mœurs en avait pris un prétexte d'abus et de rup-
" ture des promesses de mariage, étant, tant les hommes que
" les femmes tellement enclins au plaisir et à la sensualité,
" que,si après avoir contracté mariage, il leur était loisible de
" porter leur choix sur qui leur plairait davantage, ils brise-
" raient avec joie leurs engagements antérieurs et ne crain-
" draient pas, même au sortir de l'Eglise et du banquet nup-
" tial, l'homme de prendre une autre femme, et la femme un
" autre mari, par là sacrifiant la fidélité conjugale et la foi
" chrétienne aux plaisirs de la chair, oubliant la loi de Dieu
" et souvent au mépris du Juge Ecclésiastique, qui défend aux
" parties qui avaient contracté mariage, de ne rien faire à son
" préjudice ; et après le préambule, il décrète : que quant à
" ce qui regarde les mariages antérieurs, *pre-contracts*, le sta-
" tut 42 Hen. VIII, c. 38 sera abrogé, à compter du premier

" Mai alors prochain, et qu'à ce sujet on retournera à la loi
" ecclésiastique qui était en force avant la loi ainsi abrogée ;
" qu'ainsi il sera dorénavant loisible au juge d'Eglise, d'ac-
" cueillir toute demande fondée sur un mariage et sur preuve
" de ce mariage, de porter une sentence ordonnant la solenni-
" sation, la cohabitation et la consommation sous les peines
" ecclésiastiques ordinaires, nonobstant le statut précité et
" abrogé."

La dernière disposition de cette loi de Edouard VI, abrogeant celle de Henri VIII relativement au mariage consensuel non consommé, en confirme les dispositions, en ce qui regarde le retranchement des empêchements de parenté, en dehors des degrés du Lévitique, avec suppression de la faculté de dispenses dans ces degrés et de leur nécessité au-delà.

198. Nous avons cité textuellement le préambule de la loi d'Edouard VI, pour faire voir que la loi de Henri VIII faite pour abolir l'empêchement provenant du mariage consensuel, *pre-contract*, non consommé, avait outrepassé son but, et que la licence s'en était autorisée pour mépriser des engagements légitimement contractés et même des mariages célébrés en face d'Eglise. Il paraît aussi par la teneur de la loi, que le statut de Henri VIII qui ne s'appliquait dans ses termes, qu'au mariage consensuel, *pre-contract*, opposé à un mariage postérieur solennisé, avait été interprété comme s'il avait privé le premier mariage de toute valeur, puisque la loi d'Edouard VI, après avoir rétabli l'ancien empêchement, reconnaît la compétence du juge d'Eglise à ordonner la célébration du mariage consensuel et la cohabitation des époux.

La législation anglaise sur les empêchements de mariage s'étant arrêté ici, il s'ensuit qu'à part l'empêchement de clandestinité dont il va être question, son seul effet a été de restreindre l'empêchement de parenté dans les degrés du Lévitique, puisque le mariage consensuel, *pre-contract*, aboli par Henri VIII a été rétabli par Edouard VI, et que tous les autres empêchements du droit Canon, à l'exception bien entendu, des empêchements de l'ordre et de la profession religieuse qui ont été supprimés en même temps que le célibat des prêtres et l'état

monastique, et de celui de la parenté spirituelle, ont été virtuellement conservés, comme ils étaient avant la réforme.

199. La seconde partie de la législation matrimoniale de l'Angleterre qui nous reste à considérer, se rapporte à la solennisation du mariage ; mais il faut auparavant préciser l'état de la jurisprudence sur ce point, en 1853, époque de l'introduction de la loi de mariage, mariage de Lord Hardwicke, pour bien comprendre la portée de cette loi et les abus auxquels elle était destinée à rémédier.

Suivant l'ancienne loi matrimoniale de l'Angleterre, c'est-à-dire suivant le droit canonique antérieur au Concile de Trente et observé dans ce pays après la réforme, un mariage se contractait de trois manières ; par solennisation en face d'Eglise, *in facie Ecclesiæ*, par célébration clandestine, ou par le simple consentement des parties.

Les mariages de la première classe devaient être précédés de la publication des bans, ou d'une dispense plus connue sous le nom de *license*, être l'objet d'une cérémonie religieuse dans l'Eglise paroissiale, accomplie par le ministre entre huit heures du matin et midi et être contractés du consentement des parents, ou des tuteurs, dans le cas de minorité des époux.

Les mariages de la seconde classe ou les mariages clandestins, se contractaient sans l'accomplissement d'aucunes formalités, relatives à la publication des bans, ou à la dispense ou license, au consentement des parents ou tuteurs, au temps et au lieu, et le défaut de ces formalités, était précisément ce qui rendait le mariage clandestin, mais ne le frappait pas d'invalidité ; nous avons vu le Concile de Trente le proclamer. La liberté de ces sortes de mariages avait cependant engendré les plus graves abus.

Ainsi on en était venu en Angleterre, à célébrer le mariage de jour comme de nuit, dans une maison privée aussi bien que dans une Eglise, dans une auberge, quelquefois dans un lieu mal famé même et souvent en prison, pourvu que l'on trouvât un ministre revêtu de l'ordination épiscopale (c'était là la seule condition) qui voulût se prêter à cette célébration.

200. Les détails historiques suivants empruntés aux publica-

tions du temps et aux auteurs anglais qui ont écrit sur le mariage, donneront une idée de la licence occasionnée par les mariages clandestins.

Il y avait au milieu du siècle dernier dans la " Fleet Prison " de Londres, une colonie de ministres dégradés, incarcérés pour dettes et pour crimes et rendus par leur condition, inaccessibles aux censures ecclésiastiques, dont le gagne-pain consistait dans la célébration des mariages, au rabais du tarif légal. On raconte que dans une seule année, l'un d'eux, célébra jusqu'à six mille mariages, pendant que dans l'Eglise paroissiale voisine de St. Andrew Holborn, il n'en fut célébré que cinquante-trois, pendant la même période. Ces mariages clandestins étaient aussi célébrés à Mayfair, à Tyburn et dans d'autres endroits de Londres et dans le Royaume entier, à telle enseigne, qu'ils excédaient de beaucoup les mariages solennisés en face d'Eglise.

On peut voir dans MacQueen. " On the law of marriage and divorce,"(1) auquel nous empruntons particulièrement ces détails les excès et les indignités occasionnés par ces mariages irréguliers, qui avaient pénétré dans toutes les classes de la société, et atteint les couches supérieures du monde légal même, puisqu'un Grand Chancelier et un Juge en chef d'Angleterre furent convaincus d'y avoir participé. Le dernier, Sir Edward Coke, ayant épousé secrètement Lady Hatton, en fut ironiquement excusé, " à cause de son ignorance de la loi."

Ces mariages grandement illicites et abusifs au dernier point, étaient pourtant strictement valides au point de vue du droit anglais, qui reconnait comme valable l'ordination faite par les Evêques Anglicans. Contractés devant un ministre de l'Eglise d'Ecosse ou l'Eglise presbytérienne d'Irlande, ils n'auraient pas eu de valeur, parce que ces ministres ne sont pas ordonnés épiscopalement, mais un prêtre catholique les eût validés. La cause de leur validité, se trouvait dans l'autorité canonique conférée par l'ordre de la prêtrise à celui qui le reçoit, de célébrer le mariage.

201. Les mariages de la troisième classe, c'est-à-dire les ma-

(1) Page 2 et suiv.

riages consensuels, ne paraissent pas avoir engendré les mêmes abus que les mariages clandestins, à cause de leur moins de fréquence et de la restriction de leurs effets. D'après le droit canonique tel que reconnu avant le Concile de Trente sur tout le Continent, le mariage consensuel était à tous égards, absolument parfait. Il n'en était pas ainsi en Angleterre, où l'on ne considérait ce mariage valable que sous certains rapports. Ainsi, comme nous l'avons déjà dit, il ne conférait pas au mari les droits de puissance maritale, et ne communiquait pas à la femme les incapacités du mariage ; il ne légitimait pas les enfants, non plus qu'il n'annulait de plein droit, un mariage subséquent avec une troisième personne, bien qu'il le rendit annulable. Il était cependant indissoluble. Les parties ne pouvaient s'abandonner ; l'une pouvait forcer l'autre à solenniser le mariage en face d'Eglise ; sur défaut d'obéir à l'injonction, le juge d'Eglise pouvait excommunier le récalcitrant, et sur writ *d'excommunicato capiendo* adressé aux Cours laïques, pouvait le faire emprisonner par le bras séculier. Un second mariage contracté par l'un des conjoints du vivant de l'autre, même après cohabitation et naissance d'enfants, était de plus passible d'annulation.

Le mariage consensuel, pouvait se faire verbalement ou par écrit, et être l'objet d'un consentement immédiat ou présent *per verba de presenti* ou pouvait être contracté au moyen d'une promesse ayant rapport à un temps futur, *per verba de futuro*, suivie de la copulation, comme nous l'avons déjà vu.

202. Les Cours Ecclésiastiques considéraient le mariage consensuel comme valable en substance, mais défectueux sous le rapport de la cérémonie, et comme matière de discipline, elles en ordonnaient la célébration.

Il en était autrement pour les Cours laïques, qui, ni sous le rapport de la substance, ni de la forme, ne considéraient de valide, que le mariage célébré par un ecclésiastique épiscopalement ordonné. Ainsi si John avait épousé Mary par paroles de présent, et qu'ensuite il eut épousé Elizabeth en face d'Eglise, les Cours Civiles auraient considéré le second mariage comme valide, et n'auraient eu aucun égard au premier. Cependant si la première femme s'était adressé aux Cours

Ecclésiastiques, elle aurait pu forcer John à y solenniser leur mariage en face d'Eglise, et alors les Cours Civiles auraient accueilli le premier mariage qu'elles avaient rejeté, et auraient rejeté le second qu'elles avaient accueilli.

Voilà sans doute d'étranges anomalies et une singulière manière d'appliquer les effets d'un contrat de mariage, que de le reconnaître pour une moitié, et de le répudier pour l'autre, et de le déclarer valide ou invalide au gré des parties ou de l'une d'elles! Tout en reconnaissant le principe canonique, c'était sans doute en fausser l'application, mais tel était l'état de la jurisprudence dont l'erreur même, avait créé un besoin de réforme. C'est ce qu'a compris Lord Hardwicke dans sa législation pour remédier aux abus des mariages clandestins et des mariages consensuels.

203. C'était en présence d'un pareil besoin de réforme, causé par les mêmes abus, que s'étaient trouvés les Pères du Concile de Trente, dans leur législation sur le mariage ; législation qui considérée à un point de vue tout humain, serait encore un monument de sagesse ; que la France au seizième siècle a adoptée, tout en protestant de son refus de la recevoir et que l'Angleterre après deux siècles de séparation de l'autorité qui avait assemblé le Concile, a imitée sans s'en apercevoir. Car qu'on ne s'y trompe pas, toute la loi de Lord Hardwicke est calquée sur le Décret de Réforme du Concile, ce que l'esprit le moins clairvoyant peut discerner à la simple lecture et qu'au reste nous démontrerons facilement.

Les mariages clandestins, que l'Eglise a toujours eus en horreur, dit le Décret de Réforme, étaient sans contredit une des plaies de la société chrétienne, et les mariages consensuels quoique différents des mariages clandestins dans les principes de leur formation et techniquement appelés d'un autre nom, se confondaient avec eux dans leurs conséquences.

La condition relachée du mariage en Angleterre, était aussi une plaie sociale que Lord Hardwicke entreprit de guérir, en introduisant dans le Parlement anglais, la loi appelée de son nom " Lord Hardwick's marriage act."

On n'attaque pas sans soulever une ardente opposition, une

institution quelque vicieuse qu'elle soit, quand elle a été enracinée par plusieurs siècles d'usage. Ainsi tel fut le sort de la mesure de Lord Hardwicke, qui fut violemment assaillie, tant dans la presse que dans le Parlement et dans le monde légal. Plusieurs années après sa passation, l'auteur des Commentaires sur la loi d'Angleterre, Blackstone, dans un esprit mal déguisé d'hostilité à la mesure, l'appelait encore, *une innovation aux anciennes lois et à la Constitution* !

Cependant grâce à la majorité parlementaire dont disposait l'administration du jour, le bill passa dans les deux Chambres et devint le Statut 26 Geo. 11, c. 33, loi qui pour être susceptible de perfectionnement, a introduit, dans le mariage une réforme salutaire et est restée la base du régime matrimonial de l'Angleterre, tel qu'il existe aujourd'hui.

204. La loi de Lord Hardwicke surtout dirigée contre les mariages clandestins, et qui est même intitulée " An act for the better preventing clandestine marriage," repose sur trois principes distincts qui en forment la base.

1o. Les mariages clandestins sont déclarés invalides, et les ministres qui les célèbreront à l'avenir, seront déclarés coupables de félonie et passibles de transportation.

2o. Les mariages consensuels (qui ne sont pas cependant déclarés invalides) ne donneront lieu à l'avenir à aucune poursuite devant les Cours Ecclésiastiques, pour rendre compulsoire la solennisation du mariage.

3o. Nul mariage ne sera valide, s'il n'est précédé de la publication des bans ou d'une dispense (license), et s'il n'est célébré dans l'Eglise paroissiale des conjoints, c'est-à-dire dans l'Eglise anglicane, par un ministre ordonné, au temps indiqué dans la loi, suivant la rubrique Ecclésiastique, et en présence des témoins.

Mutatis mutandis n'est-ce pas là le Décret et Réforme du Concile de Trente ?

Cette loi qui était en force lors de la Cession du Canada à l'Angleterre, donne donc raison à notre avancé, que les principes en ont été empruntés au Concile, et prouve la presque similitude des lois régissant le mariage des Catholiques et

celui des Protestants, lors de l'établissement de la domination nouvelle.

205. Ainsi, si nous établissons maintenant entre les deux droits, le parallèle dont les remarques précédentes nous fournissent les éléments, nous trouverons 1o. en ce qui touche aux empêchements, provenant des incapacités des conjoints ; qu'à part l'empêchement de l'ordre, de la profession religieuse et celui de la parenté et de l'affinité en dehors des prohibitions du Lévitique, en collatérale, c'est-à-dire en dehors du premier degré en ligne égale et du second degré en ligne inégale, auxquels degrés le Statut 25 Hen. 8, c. 22 a restreint les empêchements, pendant que le droit canon les étend jusqu'au quatrième degré, avec dispense dans tous les degrés d'affinité et dans tous les degrés de parenté, moins le premier degré, ces incapacités étaient les mêmes dans l'Eglise Catholique et l'Eglise Anglicane et 2o. en ce qui regarde les formalités, relatives à la célébration, antérieures ou concomitantes, à part la présence du propre curé des conjoints, exigée par le Concile de Trente et que ne semble pas exiger la loi de Lord Hardwicke, ces formalités étaient encore identiques et qu'elles sont prescrites à peine de nullité du mariage dans les deux cas.

Nous ferons voir plus tard, que le consentement paternel au mariage des mineurs, n'est pas plus nécessaire à peine de nullité, dans le droit anglais que dans le droit canonique, de même que nous aurons à revenir sur ce droit anglais, dont nous exposerons les modifications faites par la législation impériale subséquente à la Cession du pays, quand il s'agira d'établir les libertés accordées aux dissidents qui, d'après la loi de Lord Hardwicke, étaient forcés de faire célébrer leur mariage par des ministres de l'Eglise établie.

III

DE LA LOI D'ÉCOSSE.

SOMMAIRE.

206. Le droit romain est suivi en Ecosse. Le droit canonique y est aussi observés sous certaines modifications.

207. La compétence du pouvoir civil sur le mariage y est reconnue. On y reconnait aussi le mariage consensuel.

208. Le mariage en face d'Eglise précédé de la publication des bans y est également en vigueur.
209. Mariages de Gretna-Green. Historique.
210. Ces mariages sont-ils valables? Opinion de Lord Mansfield.

COMMENTAIRE.

206. On sait que l'on suit encore le droit romain en Ecosse. Non qu'il y soit en vigueur à titre de droit écrit ou de droit promulgué, car il n'existe aucune loi qui le mette en force ; mais comme le pays n'a aucun corps de droit régulier, étant sous ce rapport dans la même condition que l'Angleterre, on y observe dans les jugements, les règles de l'Equité que l'on emprunte au droit civil ; comme la chose se pratique en Angleterre dans les Cours d'Equité.

Quant au droit canonique, à l'époque de la Réforme, il y avait été pendant bien des siècles pratiqué avec plus de pureté, peut-être, que dans la plus part des pays catholiques. Ce droit contenait presque sans mélange d'aucun usage dérogatoire, le droit matrimonial de l'Ecosse, abstraction faite des canons du Concile de Trente, promulgué postérieurement à la séparation de l'Eglise Ecossaise. On peut donc dire, que le droit matrimonial de l'Ecosse, était à l'époque de la Cession du Canada, comme il l'est encore aujourd'hui, emprunté au droit canon en vigueur avant le concile de Trente, à part le divorce *à vinculo* pour cause d'adultère, commis tant par le mari que par la femme et pour désertion, qui y était reconnu judiciairement, à la différence de l'Angleterre, où à la même époque, on ne reconnaissait que le divorce législatif. La nouvelle doctrine religieuse y a cependant rendu nécessaires, quelques modifications qui ont été opérées par le Parlement d'Ecosse, avant son union avec l'Angleterre et par les canons de l'Eglise établie, qui, comme on le sait, est l'Eglise presbytérienne, ou bien encore par le seul effet des opinions nouvelles, de l'usage ou de la désuétude.

207. C'est ainsi que la notion commune à tous les protestants, de la souveraineté du pouvoir temporel en matière de mariage, s'est propagée en Ecosse et que par l'Acte du Parlement Ecossais de 1567, c. 15, les empêchements de parenté et d'affinité

ont été, comme par l'acte du Parlement anglais 28 Hen. 8, c. 22, restreints dans les prohibitions du Lévitique, doctrine conformée par " la Confession de foi." Comme en Angleterre, les empêchements de l'ordre et de la profession religieuse ont disparu avec le célibat des prêtres et l'état monastique ; on peut dire la même chose de l'empêchement résultant de la parenté spirituelle. Tous les autres empêchements, provenant des vices du consentement et des incapacités établies par le droit canon, y sont en force. La partie du décret de Réforme du Concile de Trente, relative à la publication des bans, a été adoptée par les premiers Réformateurs. Mais celle qui se rapporte à la célébration devant le curé ou ministre des conjoints, y a été omise.

Comme on suit en Ecosse, les principes du droit canon régissant la validité du mariage, tels qu'ils étaient suivis avant le Concile de Trente, ou qu'ils le sont encore dans les pays où ce Concile n'a pas été promulgué, le seul consentement exprimé par l'écriture ou les paroles, accompagné ou non de formes probantes ou de cérémonies, constitue le mariage. On y reconnait donc comme valide, le mariage consensuel *per verba de presenti*, le mariage présumé par les fiançailles ou paroles de futur, *per verba de futuro*, suivi de la copulation et ce qui n'est pas autorisé par le droit canon, le mariage *by habit and repute*, c'est à-dire le mariage que la simple cohabilation, sans qu'il apparaisse d'un consentement par paroles de présent ou d'une promesse par paroles de futur, fait présumer, quand elle a été réputée la cohabitation du mari et de la femme.

208. Il ne faudrait cependant pas croire, que l'on ne connait pas en Ecosse, le mariage en face d'Eglise et précédé de la publication des bans. Le décret du quatrième Concile de Latran tenu sous Innocent III, en 1216, relatif à cette formalité, y a été de bonne heure adopté, reconnu par les Conciles tenus à Perth en 1242 et 1269, et il y est resté en force jusqu'à 1667, époque où il a été renouvelé par l'Eglise établie. Ce mariage est même le seul régulier ; et les mariages célébrés en face d'Eglise, par un ministre de l'Eglise établie, c'est-à-dire,

un ministrede l'Eglise presbytérienne, mais sans pu blication de bans, qui sont les mariages à proprement parler clandestins, le mariage consensuel, contraité *per verba de presenii*, le mariage *per verba de futuro* suivi de copulationet le mariage *by habit and repute* sont connus comme des mariages irréguliers.

Un auteur déjà cité (1) fait la description suivante du mariage régulier suivant la loi d'Ecosse.

" Le mariage Ecossais régulier, *in facie Ecclesiæ*, est suivant " les règles de l'Eglise d'Ecosse, d'une célébration bien facile ; " il n'éxige qu'une publication de bans, la célébration Ecclé- " siastique et deux témoins. Il n'existe ni rituel ni cérémonie. " Le ministre exhorte les parties, les interroge respectivement, " reçoit leur consentement, les déclare mariés, prononce une " prière et leur donne la bénédiction. Le procédé est solennel, " imposant et digne de la circonstance. En général, la célé- " bration se fait dans une maison particulière, jamais dans " une Eglise ; (2) elle peut se faire en plein air, ce qui arrive " quelquefois. L'attribut de la régularité est la publication " des bans. La célébration peut se faire par tout ministre chré- " tien, et à aucune heure du jour ou de la nuit. Le consen- " tement des gardiens des conjoints n'est pas nécessaire."

209. La validité du mariage consensuel, dépouillé de toute cérémonie religieuse et de toute forme quelconque, reconnu en Ecosse, à la distinction de l'Angleterre, où depuis la loi de Lord Hardwicke, le seul mariage célébré en face d'Eglise et après publication de bans ou dispense était valable, donna lieu aux mariages fameux connus sous le nom de Gretna Green. Nous avons vu comment cette loi mit fin aux mariages clandestins en Angleterre, et coupa court à la profitable industrie du *Fleet Parson*, dont elle punissait la récidive par la transportation. Cette loi d'une rigueur extrême pour une population habituée à une facilité illimitée dans la célébration du mariage, fut l'objet de bien des transgressions et de nombreuses tentatives pour en éluder la sévérité. Un plan régulier d'évasion fut même organisé, et au Fleet Parson succéda le Forgeron de Gretna Green.

(1) McQueen. (2) Ce qui fait voir que les mots *in facie ecclesiæ* ne comportent pas la nécessité de faire célebrer le mariage dans une église.

Gretna Green est le point d'Ecosse le plus voisin d'Angleterre. Ce fut là qu'un couple désireux de se soustraire au joug de la loi de Lord Hardwicke, imagina de se rendre un jour, pour profiter de l'hospitalité de la loi Ecossaise et s'y marier secrètement. Un forgeron fut la première personne qui s'offrit à leurs regards, quand ils eurent franchi la frontière de l'Ecosse, et ce fut lui qu'ils prirent pour témoin de leur union. Le bruit du succès de l'expédient se répandit bientôt ; le couple ainsi favorisé par la complaisance du forgeron, eut de nombreux imitateurs et en peu de temps, cet individu devint un personnage célèbre, par les liens matrimoniaux contractés devant lui. Prenant son rôle au sérieux, il alla même jusqu'à tenir des registres réguliers de mariage, et les tribunaux anglais déclarèrent valables quelques mariages ainsi contractés.

210. On cite pourtant une opinion de Lord Mansfield défavorable à leur validité et il n'est pas douteux, que d'après le droit du Bas-Canada, et l'article 135 du Code, ces mariages ainsi contractés à l'étranger et en fraude de la loi du pays, seraient frappés de nullité, ainsi que nous le verrons plus tard, quand il sera question des mariages contractés par les Canadiens aux Etats-Unis, dans de semblables circonstances ; mais cette discussion serait hors de propos à cet endroit, où l'on ne cite les mariages de Gretna Green, que pour montrer l'extrême facilité de la loi Ecossaise, à l'endroit de la formation du contrat de mariage.

Cette loi, tout en reconnaissant, à la rigueur, la validité des mariages clandestins, comme le Concile de Trente les avait reconnus pour le passé, les punit cependant de peines sévères imposées aux ministres qui les célèbrent, au mépris des formalités qu'elle prescrit, disposition qui confirme l'opinion que nous avons énoncée au numéro 17 que les peines portées par l'Edit de 1556, l'Ordonnance de Blois et la Déclaration de 1639 contre le mariage des mineurs contracté sans le consentement de leurs parents, ne prouve pas leur invalidité, malgré ce qu'en ont dit Pothier et D'Aguesseau ; et les auteurs qui font autorité sur le sujet s'accordent à reconnaître, que, quoique les mariages irréguliers soient strictement valables, le mariage régulier est le mariage le plus connu et le plus accrédité, on pourrait dire le mariage national de l'Ecosse.

IV

DU MARIAGE DES DISSIDENTS EN ANGLETERRE.

SOMMAIRE.

211. Suite de l'historique de la loi anglaise sur le mariage. Bill introduit dans la Chambre des Communes pour abroger la loi de mariage. " Marriage Act " de Lord Hardwicke.

212. Nouvelle mesure au même effet introduite en 1823. Cette mesure eut l'effet de faire déclarer valides les mariages clandestins et ceux des mineurs contractés sans le consentement paternel ou tutélaire.

213. Mariage civil établi en Angleterre par la loi de Lord John Russell passée en 1836.

COMMENTAIRE.

211. Pour les fins rigoureuses de ce traité, on pourrait ne pas continuer ici l'historique de la loi anglaise, car les pages qui vont suivre se rapportent à un temps légal, postérieur à la Domination Anglaise en Canada, c'est-à-dire à une époque où les lois du Parlement anglais n'ont plus d'autorité sur les sujets britanniques établis en ce pays. Cependant, comme dans la pensée de l'auteur, ce livre n'est pas écrit pour une classe particulière de sujets, distingués par leur croyance religieuse, mais pour toute les populations catholiques ou protestantes, également soumises au Code Civil et aux lois du présent titre, après avoir parlé de la législation qui régit le mariage des anglicans, il nous faut parler des modifications qu'elle a subies pour en étendre les dispositions aux dissidents, en même temps que pour en faciliter l'application générale.

La mesure de Lord Hardwicke vivement combattue avant sa passation, ne rencontra pas une opposition moins vive dans son exécution. Un quart de siècle après, un bill fut introduit dans la Chambre des Communes, en 1781, par M. Fox, soutenu par Sir George Younge et plusieurs autres célébrités parlementaires du temps, pour l'abroger, et tous dénoncèrent la loi comme une loi tyrannique et oppressive. Le Bill passa, même à une grande majorité, dans la Chambre basse. Il est vrai qu'il échoua devant la Chambre des Lords, et que dans son principe, il avait été opposé par un homme d'état non moins

distingué que M. Burke ; mais le mouvement parlementaire déterminé par le courant de l'opinion publique, en dehors du Parlement, démontre l'impopularité de la loi et le besoin de réformes nouvelles.

212. Ce ne fut cependant qu'en 1823, qu'une nouvelle mesure fut introduite en Parlement, non pour faire revivre l'ancien ordre de choses, en détruisant le nouveau, mais pour le modifier. On faisait plusieurs reproches à la loi, dont les deux principaux, se rapportaient à la peine de nullité absolue, prononcée contre les mariages clandestins et contre ceux des mineurs, non revêtus du consentement de leurs parents ou tuteurs. La loi de 1823, qui est le Statut 4 G. 4 c. 76, donna raison à ces deux griefs en les faisant disparaître ; et il fut statué, que les mariages clandestins ne seraient invalides qu'au cas de transgression volontaire aux formalités de la publication des bans, et de la célébration du mariage, ailleurs que dans une Eglise anglicane, en présence d'un ministre revêtu d'ordination, et la seule peine portée contre le mariage des mineurs sans le consentement paternel, fut dirigée contre le ministre célébrant le mariage. La loi de 1823 contient plusieurs autres dispositions en amendement de la loi de 1753, mais ce fut plus aux détails qu'aux principes radicaux que ces amendements s'adressèrent, et l'on peut plutôt dire que la seconde, fut plus une modification qu'une réorganisation de la première.

213. Au dire des dissidents, ces deux lois laissaient cependant subsister entre autres, un principe d'intolérance religieuse, dans l'obligation de célébrer le mariage dans une Eglise anglicane, suivant la rubrique et devant un ministre de cette Eglise. Ce fut cet abus que la loi que Lord John Russell passée en 1836, et qui est aujourd'hui le statut 6 et 7 Guil. 4 c. 85, eut pour objet obtensible de faire disparaître, en introduisant le mariage libre et même le mariage civil en Angleterre. Cette loi regarde comme également valides les mariages célébrés dans les Eglises anglicanes et dissidentes, suivant les formes et la rubique de ces Eglises, et permet la célébration du mariage sans aucune forme religieuse quelconque, devant un officier public, remplaçant à certains égards, le fonction-

naire municipal du Code Napoléon, et qu'elle appelle Registrateur du mariage.

Il serait inopportun de porter un jugement sur cette loi, violemment attaquée d'un côté, comme civilisant le mariage et chaleureusement défendue de l'autre comme le libéralisant, à cet endroit où il n'en a été fait mention, que pour compléter l'exposé succint des lois anglaises sur le mariage, lois souvent citées devant nos tribunaux, quoi qu'à proprement parler, étrangères à notre jurisprudence, en tant qu'elles sont postérieures à 1763, et pour en indiquer les sources.

V

DU MARIAGE DES QUAKERS ET DES JUIFS.

SOMMAIRE.

214. Le mariage des Quakers fut le sujet d'une exception dans la loi de Lord Hardwicke. Ce mariage était reconnu en Angleterre lors du Traité de Paris en 1763.
215. Description d'un mariage Quaker.
216. Description d'un mariage Juif.

COMMENTAIRE.

214. Née de la liberté religieuse proclamée par la Réforme, et fille non reconnue du Protestantisme, la secte des Quakers en fut bientôt la plaie. L'on sait de quelles restrictions sévères, les croyances religieuses en dissidence avec l'Eglise établie, furent l'objet en Angleterre. Cependant les dissidents furent tolérés, pendant qu'à leur origine, les Quakers devinrent de la part de loi anglaise, les victimes d'un véritable ostracisme. Repoussés de toute communion avec les anglicans, communion qu'ils ne recherchèrent pas d'ailleurs, les Quakers ne leur cédèrent en rien en exclusivisme, et n'auraient pas plus voulu faire célébrer leur mariage devant un ministre de l'Eglise d'Angleterre, que ce dernier n'aurait voulu le solenniser. Force fut donc au Parlement anglais, en passant la loi de Lord Hardwicke, de prohiber entièrement le mariage des Quakers ou de leur permettre de le contracter suivant leurs propres

usages. La loi choisit cette dernière alternative ; et fit une réserve spéciale à cet effet ; réserve renouvelée par la loi de 1823 et celle de 1836.

Le mariage des Quakers contracté suivant leurs usages, était donc sanctionné en Angleterre, lors du traité de Paris, et il s'en suit qu'il fut apporté dans le Bas-Canada, par les sujets anglais, avec le reste de leurs coutumes matrimoniales. Nous avons vu plus haut, la Législature Canadienne leur accorder le droit de tenir des registres de l'État Civil.

La Religion des Quakers est simple et sans culte extérieur. Comme le reste de leurs pratiques, leur mariage est dégagé de toute forme symbolique et se fait sans l'intervention d'un ministre, bien qu'il ne manque pas d'un caractère de grandeur dans sa simplicité même.

215. Voici comment un auteur Ecossais (1) le décrit : " Les " mariages des Amis (Friends) ou Quakers, se fait avec beaucoup " de décence et de solennité. Avant la cérémonie, l'homme et la " femme se présentent à une réunion mensuelle de la société, " et déclarent leur intention de se prendre pour mari et " femme, si la société n'y a pas d'objection. Les conditions prin- " cipales exigées pour obtenir le consentement de la société, " sont les suivantes : 1o. Il est de règle qu'un homme ne re- " cherche pas une femme en mariage, sans avoir au préalable, " obtenu le consentement de ses propres parents et de ceux de " la femme ou des tuteurs, mais si l'aveuglement de leur affec- " tion leur fait oublier l'observance de cette règle, il doit de " même que la femme, faire amende honorable de cette offense, " en confessant leur transgression à la société et en obtenant " l'assentiment de leurs parents. 2o. Les conjoints doivent avoir " une même croyance en matière religieuse et être membres de " la société. 3o. Il ne doit pas exister de parenté ou d'affinité " entre eux dans les degrés prohibés par le Lévitique. 4o. Si " aucun d'eux a donné scandale à leurs amis, il doit confesser " son offense.

" Si aucune objection n'est alors faite au mariage proposé,

(1) Halkerston Digest of the law of Scotland relating to marriage, page 73 et suiv.

" avis en est publié dans l'assemblée de la société du lieu où " résident ou ont résidé les parties, qui doivent de nouveau " assister à l'assemblée mensuelle suivante, devant laquelle, " les personnes nommées pour faire une investigation font " leur rapport, et s'il est favorable, il est loisible aux fiancés " de procéder à la solennisation de leur mariage, qui est célé- " bré en assemblée ordinaire, un jour de semaine et générale- " ment un jeudi. Vers la fin de l'assemblée, les parties se " tenant debout et se donnant la main, font à haute et intelli- " gible voix, la déclaration suivante : L'homme dit le premier : " Amis, je prends cette femme pour mon épouse, promettant " par le secours de l'assistance divine, de lui être un mari " affectueux et fidèle, jusqu'à ce qu'il plaise au Seigneur de " nous séparer par la mort. La femme dit à son tour : Amis, " je prends cet homme pour mon époux, promettant moyen- " nant l'assistance divine de lui être une femme aimante et " fidèle, jusqu'à ce qu'il plaise au Seigneur de nous séparer " par la mort." Après cela un ami du mari et de la femme " fait une lecture publique du certificat de mariage, dans " lequel les noms et descriptions des conjoints ont été insérés " au préalable. Ils signent alors le certificat, le mari le pre- " mier et la femme ensuite, de son nom de fille ; après eux " leurs parents, et ceux des membres présents qui désirent " ajouter leurs noms, mais aucuns ne signent comme témoins. " Ici se termine la cérémonie et l'heureux couple quitte l'as- " semblée, se donnant le bras, mari et femme, mais sans la " bénédiction d'un prêtre, ou aucune autre cérémonie."

216. Le même auteur donne aussi la description suivante des cérémonies observées dans les mariages Juifs : (1)

" On ne trouve dans la loi de Moyse, aucune cérémonie par- " ticulière, relative au mariage, mais dans la loi des Rabbins, " il est clairement démontré, que le mariage peut se célébrer " de trois manières différentes et sans aucune autre cérémo- " nie : 1o. Par un don d'argent, ou d'une chose de valeur " équivalente, fait par un homme à une femme, à condition " qu'elle devienne son épouse. 2o. Par une lettre qui lui est

(1) Pages 130 et 131.

" adressée, lui promettant de devenir son époux. 3o. En se " retirant avec elle à condition de devenir son époux. Chacun " de ces modes était suffisant, mais après la construction du " second temple, les Rabbins, pour mettre un frein à cette " apparente immoralité, abolirent la dernière de ces cérémo- " nies. Il n'est besoin d'aucune personne particulière, pour " accomplir le rite du mariage : Le Rabbin en est généralement le témoin, mais il peut être remplacé par aucun autre " témoin du sexe masculin qu'il désigne. En premier lieu se " font les fiançailles, en présence d'un certain nombre d'amis " convoqués pour cet objet, qui sont aussi témoins du contrat " de mariage, dans lequel est indiqué le jour des noces et le " douaire de la femme, qui remplace le don indiqué dans le " premier mode de mariage. Quand le temps est expiré, " chacun des fiancés peut requérir l'autre de remplir sa promesse de mariage, qui ne peut être rétractée que par mutuel " consentement, constaté par écrit ; dans le cas contraire, le " mariage est célébré de la manière suivante : Le jour du " mariage, les fiancés sont conduits de la maison paternelle " par leurs parents les plus proches, le fiancé par son père et " celui de la fiancée, et cette dernière par sa propre mère et " sa prochaine belle-mère, dans la maison où doit se faire le " mariage, auquel assistent ceux qui y sont conviés. Le Rabbin jette un voile sur la tête de la femme, en signe de la " différence qui distingue une vierge d'une femme mariée, " cette dernière ne devant jamais être vue la tête découverte. " Les époux sont conduits par leurs amis sous un dais où se " tient le Rabbin, qui tenant un verre rempli de vin, récite " un épithalame, en forme d'invocation au Créateur de l'Univers."

Les cérémonies du mariage Juif ne sont pas les mêmes dans tous les pays ; car la loi de Moyse et le Talmud, n'ayant prescrit aucune forme particulière, l'uniformité de pratique n'est pas obligatoire à ce sujet ; mais dans aucun des rites usités, la présence du Rabbin utile sans doute à la perfection du mariage, n'est nécessaire pour sa validité.

Ce qui frappe donc, dans le mariage des Juifs et des Qua-

kers, c'est la non intervention, comme matière de nécessité, du ministre et du Rabbin. Aussi, comme nous l'avons déjà vu, ces mariages ont toujours été l'objet d'une exception dans les lois anglaises, qui ordonnent la célébration du mariage en face d'Eglise.

VI

RÉSUMÉ DU PRÉSENT CHAPITRE.

SOMMAIRE.

217. Le présent chapitre se résume en cinq points distincts. Ce qu'ils sont.

COMMENTAIRE.

217. On peut donc en résumé du présent chapitre, tenir comme établis les points suivants :

1o. Le mariage est considéré par tous les chrétiens, catholiques et protestants, comme un contrat d'institution divine, soumis sous le rapport du lien, au droit canon et à la juridiction Ecclésiastique, et il est en outre, regardé comme sacrement par les Catholiques.

2o. Les protestants reconnaissent la compétence de l'autorité séculière, à établir des empêchements de mariage, tant sous le rapport du lien que sous le rapport des effets civils du mariage, et sous le premier rapport, en dérogation au droit canonique ; et les catholiques ne lui accordent cette juridiction que sous le rapport des effets civils.

3o. Lors de la Cession du Canada à l'Angleterre, tant d'après la loi Anglaise que la loi Ecossaise, et suivant la doctrine de l'Eglise anglicane et de l'Eglise presbytérienne, les empêchements du droit canonique, tels qu'ils existaient avant le Concile de Trente, moins les empêchements provenant de l'ordre, de la profession religieuse, de la parenté spirituelle et de la parenté naturelle et de l'affinité au-delà du second degré canonique, étaient reconnus.

4o. A la même époque, le mariage célébré en face d'Eglise, était le seul reconnu comme valable et parfait en Angleterre, et comme le seul régulier en Ecosse.

5o. Suivant la loi anglaise, le mariage des Juifs et des Quakers était soumis à leurs propres usages, tant sous le rapport des empêchements que de la célébration, et il était dégagé de l'observance des règles applicables aux mariages des autres dénominations religieuses.

Ces principes, une fois reconnus, nous rendront comparativement facile l'intelligence des chapitres suivants.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

ARTICLE 128.

Le mariage doit être célébré publiquement devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi.

SOMMAIRE.

218. Dissentiment soulevé par cet article au sein de la Commission. Citation du Rapport des Commissaires relatif à ce dissentiment.
219. Appréciation de ce dissentiment.
220. Les mariages consensuels contractés dans le Bas-Canada ne sont point valides.
221. La célébration du mariage en face d'Eglise est elle rendue nécessaire par le présent article.
222. Solution de cette question dans la négative.

COMMENTAIRE.

218. Cet article 128 a soulevé un dissentiment au sein de la commission de rédaction. M. le Juge Day l'a combattu, sur le principe que la célébration publique qu'il ordonne, veut dire la célébration en face d'Eglise, et que cette obligation peut blesser les usages de certaines sectes protestantes.

Voici d'ailleurs comment il motive son dissentiment : " L'article 128 exige que le mariage soit toujours célébré *publiquement* et cette expression, suivant les commentateurs, signifie " que le mariage doit se faire en face d'Eglise. Je ne puis

" admettre une rédaction qui se préterait à une semblable
" interprétation de l'article dont il s'agit, de manière à établir
" une règle contraire à l'usage constant et reconnu de toutes
" les dénominations protestantes, à l'exception de l'Eglise
" d'Angleterre."

" A une exception près, les mariages, chez les protestants,
" sont rarement célébrés dans leurs Eglises. Je pense que
" l'article devrait être rédigé de manière à ne requérir que la
" présence des témoins."

D'un autre côté, les deux autres Commissaires soutiennent de la manière suivante la rédaction de l'article qui a été adoptée : " La publicité exigée par la première partie de l'article
" (l'article 128) est dans le but d'empêcher la clandestinité du
" mariage repoussée avec raison par tous les systèmes de loi ;
" un acte aussi important et qui intéresse bien d'autres que
" les parties elles-mêmes, ne doit pas être tenu secret ; or, le
" meilleur moyen d'empêcher qu'il ne le soit, est de rendre
" obligatoire la publication de la célébration."

" Le mot *publiquement* a une certaine élasticité qui l'a fait
" préférer à tout autre ; étant susceptible d'une extension
" plus ou moins grande, il a été employé afin qu'il pût se prê-
" ter à l'interprétation différente que les diverses Eglises et
" congrégations religieuses dans la province, ont besoin de lui
" donner, d'après leurs coutumes et usages, et les règles qui
" leur sont particulières, auxquelles on ne désire aucunement
" déroger. Tout ce qu'on a voulu c'est d'empêcher les
" mariages clandestins."

" Ainsi seront réputés faits *publiquement*, ceux qui l'auront
" été, d'une manière ouverte, et dans le lieu où ils se célè-
" brent ordinairement, d'après les usages de l'Eglise à laquelle
" les parties appartiennent."

" Cependant, l'un des Commissaires (le Juge Day), craint
" que le mot publiquement, ne soit interprété comme exigeant
" que la célébration se fasse, en face de l'Eglise comme elle
" se faisait en France, et pour cette raison exposée dans le rap-
" port spécial dont il a déjà été fait mention, il n'a pas accordé

" son concours à la rédaction du présent article, qui est pro-
" posé par les deux autres Commissaires seulement."

219. La lecture de ces deux rapports inspire une réflexion qui ne peut échapper à personne. C'est que ni le Commissaire Day, ni les deux autres, n'ont eu d'idée fixe sur la nature de la publicité exigée par l'article, pour valider la célébration du mariage, et que l'un a été conduit à s'y opposer, par une crainte vague que l'article ainsi rédigé, ne froissât les usages des sectes protestantes accoutumées à célébrer leur mariage en dehors de leurs Eglises, et que les autres, grâce à l'élasticité du mot *publiquement et à son extension plus ou moins grande*, l'ont adopté dans l'expérance non moins indéfinie, qu'il ne blesserait les usages de personne.

M. Day fonda son dissentiment sur l'acception donnée aux mots *célébration publique* par les commentateurs, (les commentateurs français sans doute) qui ne peuvent être que les commentateurs sous l'ancien droit, puisque le droit nouveau ignore la célébration en face d'Eglise. Il faut pourtant, pour bien juger de la valeur de cette interprétation, se rapporter au temps où ont écrit les auteurs qui la donnent. Ils écrivaient sous une loi qui ne connaissait comme valable que le mariage fait devant le propre curé, et dans les pays soumis à une religion d'état, c'est-à-dire à la religion catholique, qui ordonne à ses ministres de célébrer, hormis des cas exceptionnels, le mariage dans les églises. La célébration en face d'église considérée comme équivalente de la célébration publique, n'a donc dans leur langage, qu'une valeur de convention, déterminée par un usage non contesté et exclusive du mariage clandestin, contracté hors la présence du curé, et non un sens doctrinal, faisant purement et simplement de la célébration du mariage en face d'église, un élément essentiel de sa validité.

C'est l'opinion qu'a exprimée la majorité des Commissaires, mais on se demande pourquoi ils ne l'ont pas énoncée dans le Code, comme ils l'ont fait dans leur Rapport? Pourquoi n'ont ils pas tranché la question soulevée entre M. Day et eux, en faisant disparaître l'incertitude créée par l'objection de ce dernier; et puisque leur volonté était de n'apporter aucun

changement dans l'usage de chaque dénomination religieuse, pourquoi ne l'ont-ils pas manifestée en termes exprès ? Cependant la doctrine doit suppléer à l'incertitude du texte, et lui donner sa véritable interprétation.

Il importe pourtant de dire au préalable, que l'article 128 n'est pas de simple précepte, mais qu'il est irritant, en ce sens, que le défaut de célébration du mariage devant un fonctionnaire compétent, en emporterait la nullité et l'invaliderait. Notre article est sous le rapport de la sanction qu'il prononce, de la nature du Décret de Réforme du Concile de Trente, dans les lieux où il est en force, et de la loi de Lord Hardwicke, c'est-à-dire qu'il annule tout mariage contracté dans le Bas-Canada, sans la présence de ce fonctionnaire. Pour nous servir de termes techniques, il fait du défaut d'accomplissement de cette formalité, un empêchement dirimant. A la différence du statut de 1567 ci-haut cité, passé sous le chapitre 15 par le Parlement Ecossais, qui en punissant de peines sévères les ministres qui célébraient des mariages clandestins au mépris de ses dispositions, les laissaient subsister.

220. Il s'ensuit que les mariages consensuels contractés dans le Bas-Canada, par *paroles de présent*, avec ou sans témoins, ou avecou sans écrit, ceux célébrés en présence d'un Juge de Paix ou de toute autre personne qu'un fonctionnaire compétent, de même que les mariages par *paroles de futur* suivies de copulation et tout mariage présumé par la cohabitation à titre de mari et femme, (supposant que ces derniers mariages aient jamais été reconnus en ce pays,) sont supprimés pour toutes les croyances religieuses et sont frappés d'invalidité complète. Cette interprétation résulte de l'ensemble du présent titre du Code, des lois et usages qui l'ont précédé et de la rédaction absolue de l'article.

On objecterait en vain, que la peine de nullité n'y est pas expressément portée. La chose n'était pas nécessaire ; la nullité de forme substantielle existant sans être prononcée, *expressis verbis*. La clause permessive, d'une loi qui prescrit la forme d'un contrat est censée en subordonner l'existence à l'accomplissement de la forme même, et la défaillance de cette

forme l'empêche de se former. Le Code fournit un nombre considérable d'exemples de ce genre. Cette maxime vraie pour toutes les matières, est surtout applicable aux solennités du mariage.

221. Revenant maintenant à la célébration publique exigée par l'article, voyons si l'appréhension de M. Day était bien fondée, et si malgré l'intention contraire de la majorité des rédacteurs, il n'a pas de fait rendu nécessaire la solennité du mariage en face d'église? Je ne le crois pas. Je pense avoir fait voir, que les termes, par eux mêmes, ne produisent pas rigoureusement cette acception, et qu'ils n'ont qu'une valeur relative, ce dont personne ne doutera. C'est donc à ce point de vue, qu'il faut se placer pour déterminer le genre de publicité dont il s'agit.

Pour dire que l'article a fait de la célébration en face d'Eglise, une condition essentielle de la validité du mariage, il faudrait dire, qu'il a créé dans le mariage, un nouvel élément de validité et qu'il est de droit nouveau. Ce qui répugnerait à l'économie générale de la présente loi. En effet, avant le Code, nulle loi n'exigeait à peine de nullité du mariage, ce genre de célébration, pas plus le Concile de Trente que l'Ordonnance de Blois; car ces deux lois nécessitent bien la présence du curé des parties au mariage, mais ne contiennent pas un mot sur la nécessité de le contracter dans une église, ni sur l'accomplissement d'aucune cérémonie religieuse. La bénédiction nuptiale elle-même, est si peu nécessaire, que dans un certain nombre de cas, comme le cas par exemple, du mariage mixte et de celui d'une veuve, la liturgie la défend. En règle générale, la solennisation du mariage à l'Eglise est de précepte et tend à la perfection du sacrement, mais elle n'est nullement essentielle à sa validité.

Pas plus que le droit canon, la loi d'Ecosse dont il est la source, n'exige indispensablement que le mariage se contracte en face d'Eglise. La loi d'Angleterre l'exigeait sans doute, à l'époque de la Cession du pays, mais outre, que sous ce rapport, elle a été modifiée par le Statut de 1836, cette loi n'a jamais été en force comme texte, dans le Bas-Canada.

222. Si l'article eût dit : le mariage doit être *célébré publique-*

ment, sans ajouter devant un *fonctionnaire compétent*, on n'aurait certainement pas pu l'interpréter comme signifiant en face d'Eglise. Mais la présence d'un prêtre ou ministre, qui comme nous le verrons bientôt, est le fonctionnaire compétent dont parle l'article, fait naître l'idée de l'Eglise comme *locus in quô*, et la relation ordinaire entre les actes sacerdotaux et l'Eglise où ils s'accomplissent, fait faussement supposer ce lieu comme nécessaire dans le cas de mariage.

En ordonnant la publicité du mariage, le législateur a voulu le protéger contre la clandestinité, qui dans tous les temps et dans tous les lieux, a été la plaie de la société chrétienne. Le mariage clandestin ou secret, est celui qui se contracte sans observer les modes de manifestation requis par la loi pour le faire connaître et pour faciliter la révélation des empêchements dont il peut être frappé. Le mariage public ou légalement publié est l'opposé du mariage clandestin. En disant que le mariage sera célébré publiquement, le Code a dit qu'il ne sera pas célébré clandestinement ou d'une manière entachée des vices de clandestinité, consistant dans la non observance de la publicité déjà prescrite, et il a ajouté la présence du prêtre ou du ministre comme mode de manifestation à ceux déjà existants. Ces modes déjà existants sont la publication des bans et la présence du Curé, ou suivant le cas d'un autre ministre du culte et des témoins au mariage, requis par le Concile de Trente, la loi d'Angleterre et d'Ecosse, notre loi ancienne et le Code lui-même. Ainsi dans la pensée de la loi, et l'esprit de l'article 128, le mariage célébré publiquement est le mariage célébré après publication de bans ou dispense ou licence, en présence de témoins et devant le fonctionnaire compétent, et tout autre mariage est un mariage clandestin. Les sectes religieuses qui, lors du Code, étaient en vertu de leurs usages ou de leur liturgie, en possession du droit de célébrer leurs mariages ailleurs que dans leurs Eglises, n'en ont pas été dépouillées par le Code, mais répétons-le, tout mariage non célébré devant le prêtre ou le ministre des parties est frappé d'invalidité, à une exception près, celle des Juifs et des Quakers que nous examinerons plus loin. Nous avons dit que

ce fonctionnaire compétent est le prêtre ou ministre des conjoints, c'est ce que nous allons démontrer sur l'article suivant.

ARTICLE 129.

Sont compétents à célébrer les mariages tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la Loi, à tenir et garder des Registres de l'Etat Civil.

Cependant aucun des fonctionnaires ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelques empêchements d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'Eglise à laquelle il appartient.

SOMMAIRE.

223. Référence à l'article 44 qui déclare que les fonctionnaires autorisés à tenir les registres de l'Etat civil, le soient aussi à célébrer le mariage.
224. Aux termes de l'article 63, le mariage doit se célébrer au domicile de l'un des époux. Conséquence de cette règle.
225. Remarque relative au pouvoir qu'a le prêtre catholique de célébrer le mariage des protestants.
226. Distinction entre le pouvoir de tenir les registres de l'Etat civil et celui de célébrer le mariage.

COMMENTAIRE.

223. Nous avons vu sur l'article 44 que les curés, vicaires, prêtres et ministres, desservant les paroisses catholiques et les congrégations religieuses du culte protestant, en communion avec l'Eglise anglicane ou l'Eglise presbytérienne et les sectes dissidentes indiquées au chapitre 20 des Statuts Refondus du Bas-Canada, sont les seuls fonctionnaires autorisés à tenir des registres de l'état civil et conséquemment, ce sont les seuls, autorisés à célébrer les mariages de leurs co-réligionnaires. Les évêques comme premiers curés de chaque paroisse catholique, sont incontestablement revêtus du même droit ; ils le

sont en vertu de leur institution et du statut qui leur permet de tenir des registres de l'état civil

Nous avons aussi dit sur l'article 54 que chaque prêtre ou ministre ne peut tenir de registres de l'état civil, que pour ses co-réligionnaires. La conséquence est, qu'il ne peut licitement célébrer que leur mariage. Les prêtres catholiques célèbrent les mariages des catholiques, les protestants ceux des protestants, mais ce pouvoir du ministre est limité aux membres de la dénomination à laquelle il appartient. La règle reçoit cependant une modification, en ce qui concerne les mariages mixtes, c'est-à-dire le mariage de deux personnes appartenant à des églises différentes ; soit que l'un des conjoints soit catholique et l'autre protestant, ou que deux protestants appartenant à des dénominations différentes se marient ensemble. En ce cas, le prêtre ou ministre de l'un des conjoints peut célébrer le mariage.

224. Aux termes de l'article 63, le mariage doit se célébrer au lieu du domicile de l'un des époux, établi par six mois d'habitation. Cette règle n'emporte cependant pas la nullité du mariage célébré ailleurs, mais aux termes du même article, le célébrant doit vérifier l'identité des conjoints, et se faire apporter un certificat de la publication des bans ou une dispense ou licence, suivant l'article 58, comme dans tous les cas où il n'a pas lui-même publié les bans. Nous avons traité de cette vérification au No. 283 du tome premier de cet ouvrage.

Les prêtres catholiques peuvent-ils valablement célébrer le mariage des protestants et les ministres protestants ceux des catholiques ? Nous disons valablement et non licitement, car l'illicité du mariage n'en affecte pas les effets juridiques. Il n'est pas douteux que quoiqu'il s'expose aux peines canoniques, le prêtre catholique peut d'après l'un et l'autre droit, célébrer validement le mariage des protestants. Le Code le dit implicitement, en donnant à tous les prêtres et ministres, le droit de célébrer le mariage, sans restreindre leur compétence à leurs co-réligionnaires.

Il n'en est pas ainsi pour les ministres protestants, par rapport aux catholiques, dans le cas des mariages soumis au Dé-

cret du Concile de Trente, qui doivent être contractés devant le propre curé, mais ces cas exceptés, et en dehors de l'autorité du Décret, le mariage des catholiques célébré devant les ministres protestants serait valide quoique illicite. Ce seraient des mariages clandestins, mais nous avons déjà vu plusieurs fois, qu'à part la clandestinité pour violation de la règle du propre curé, ces mariages sont valides.

Cette validité du mariage des catholiques, devant un ministre protestant est énoncée ici, comme résultant de la règle générale, que le consentement fait le mariage *consensus facet matrimonium*, mais cette règle est sans application au Bas-Canada, où le Concile de Trente est en force, ou du moins où on en a toujours reconnu l'autorité, malgré que l'on ne puisse dans tous les cas, rapporter de preuve expresse de sa publication.

Nous verrons au contraire, sortir forcément de cette règle, la validité des mariages des catholiques domiciliés aux Etats-Unis, dans les lieux du moins où le Décret n'a pas été publié, contractés devant le magistrat civil, mais ce serait anticiper que de traiter ici cette question, qui trouvera sa place sur l'article 135.

225. En ce qui concerne le mariage des protestants, par les prêtres catholiques, il ne faut cependant pas confondre le droit avec l'obligation de le célébrer. L'intention du Code est sans doute de faire célébrer le mariage de toutes les dénominations religieuses, par leurs prêtres et leurs ministres, mais il n'érige pas cette intention en maxime obligatoire, pendant que l'article 129 dispense expressément, tout prêtre et ministre de l'obligation de célébrer un mariage, *contre lequel il existe quelqu'empêchement d'après les doctrines et croyances de sa religion.* Or l'Eglise catholique, défendant à ses prêtres de célébrer le mariage des protestants, la croyance des conjoints constituerait ici dans le sens de l'article, un empêchement à la célébration.

Dans les autres églises ou congrégations religieuses, où la même prohibition peut exister, relativement au mariage des catholiques ou des protestants appartenant à une secte étran-

gère, elle fournirait un empêchement que le ministre pourrait également invoquer. Il n'est pas besoin de dire que les termes de cet article, comprennent les Rabbins qui ne sauraient être contraints à célébrer le mariage des Chrétiens.

226. Il faut en outre bien se donner garde, de confondre ici le droit de célébrer le mariage, avec celui d'en tenir les registres. Nous avons vu au tome précédent, que les registres de l'Etat Civil doivent être tenus par les prêtres et ministres de chaque dénomination religieuse, pour leurs co-réligionnaires, et il est incontestable, que l'entrée faite du mariage de deux protestants dans les registres catholiques, et du mariage de deux catholiques dans les registres protestants, n'aurait aucune authenticité. En serait-il ainsi du mariage des diverses sectes de protestants entre eux ? Je serais porté à croire que la question en est une de discipline ecclésiastique, et que l'entrée faite dans un registre protestant du mariage de deux protestants dont l'un ou tous les deux sont étrangers à l'Eglise ou Congrégation pour laquelle ce registre est tenu, constitue une preuve authentique du mariage, s'il est valable, d'après les règles établies dans l'une et l'autre église. Nous entrerons dans de plus amples explications à ce sujet, au titre de la Filiation qui en est le siége naturel.

Outre l'empêchement provenant de la différence de religion, tous les empêchements dirimants et prohibitifs, énumérés plus haut, auxquels il faudrait ajouter ceux qui pourraient avoir été omis, forment des moyens que peuvent invoquer les prêtres et ministres, pour ne pas être contraints à célébrer un mariage frappé de quelqu'un ou de plusieurs de ces empêchements, suivant les croyances ou les disciplines de leur église ou de leur congrégation.

De l'exemption de célébrer les mariages frappés d'empêchements, résulte l'obligation pour le prêtre ou le ministre de célébrer ceux qui n'en sont pas affectés, et dont la demande de célébration est faite dans des conditions régulières. Cette obligation est consacrée par les deux Droits.

ARTICLE 130.

Les publications ordonnées par les art. 57 et 58 sont faites par les prêtres, ministres ou autres fonctionnaires, dans l'Eglise à laquelle appartiennent les parties, au Service Divin du matin, ou s'il n'y en a pas le matin, à celui du soir, à trois dimanches ou jours de fêtes avec intervalles convenables. Si les parties appartiennent àdifférentes Eglises, ces publications ont lieu dans celle de chacune.

SOMMAIRE.

227. Dans cet article, le Code répète les dispositions du Concile de Trente et celles des statuts anglais, relatives aux publications de mariage. Citation de l'ancien Rituel du Diocèse de Québec.
228. Quelle est la continuité dont parle le Décret et quelles sont les fêtes dont il est question ?
229. Distinction relative aux croyances religieuses différentes professées par les conjoints.
230. Rien dans l'article ne donne le droit de publier les bans aux vêpres, ou autrement que pendant la messe.
231. C'est à la messe de l'Eglise paroissiale que doivent se faire les publications. Règle à observer quand les conjoints sont de différentes paroisses.

COMMENTAIRE.

227. Il reste peu de chose à ajouter à ce qui a été dit ci-haut, sur la nécessité de la publication des bans de mariage. Le Code disant, que ces publications seront au nombre de trois, ne fait que répéter les dispositions du Concile de Trente, celles des Statuts anglais de 1753, de 1836, la loi de Lord Hardwicke, celle de Lord John Russell, et le Statut Ecossais. L'article n'indique pas dans quels intervalles de temps précis se feront ces publications ; se contentant de dire à trois dimanches et jours de fêtes, *avec intervalles convenables*, il s'en est rapporté au droit canonique, au Rituel et à l'usage de chaque diocèse. Nous croyons que sous ce rapport l'usage et le Rituel des Eglises catholique et protestante, sont les mêmes.

Nous avons rapporté plus haut la disposition du droit canon sur les publications.

Voici comment s'exprime l'ancien Rituel du Diocèse de Québec déjà cité, à l'endroit de la publication des bans pages 339 et 340 :

" Les curés ne doivent publier les bans, qu'à la prière des " parties, et du consentement des père et mère, tuteurs ou " curateurs, si ce sont des enfants de famille, (c'est-à-dire des " mineurs.)

" Les bans ne peuvent être publiés que dans l'Eglise princi- " pale. Ces publications doivent être faites de telle manière, " qu'il y ait au moins deux ou trois jours francs entre chacun, " par trois dimanches ou fêtes chômées, au Prône de la " Grande Messe, et non pas aux Vêpres ni aux Messes des " Confréries."

Le Rituel Romain se contente de répéter la disposition du Décret et dans ses termes mêmes : " *Autequam matrimonium* " *contrahatur*, *ter à proprio contrahentium parocho continuis* " *diebus festis in Ecclesiâ*, *intra missarum solemnia*, *ad ipsius* " *Concilii prescriptum*, *publice denuntietur*, *inter quos Matrimo-* " *nium sit contrahendum.*"

La continuité dont parle le Décret, *continuis diebus festis*, s'applique aux dimanches et fêtes, qui ne doivent pas s'interposer entre les jours de publication, c'est-à-dire qu'après la première publication, on doit continuer la seconde et la troisième aux prochains jours de dimanche ou de fête, bien que comme nous l'avons vu plus haut, l'interposition d'un dimanche ou de deux jours de fête ne serait pas considérée comme une interruption fatale à la valeur des publications. Il doit nécessairement s'interposer des jours ouvrables entre les publications. Le Rituel du Diocèse de Québec, veut même qu'il y ait au moins deux ou trois jours francs entre chaque publication, et c'est aussi ce qu'enseignent les auteurs.

Les fêtes dont il est ici question sont les fêtes d'obligation. Suivant la règle des deux ou trois jours d'intervalle, si un un dimanche où se serait faite une publication, était suivi sous moins de deux jours, d'une fête d'obligation ou une fête à la Messe de laquelle les bans auraient été publiés, d'une autre fête ou d'un dimanche, on devrait interrompre la publi-

cation à cette prochaine fête ou ce prochain dimanche, pour la continuer à la fête ou au dimanche suivant. Eventualité fort rare si toutefois elle arrive jamais. D'ailleurs en cette matière c'est l'usage du Diocèse que l'on consulte.

Les intervalles raisonnables dont parle le Code, sont donc ceux qui viennent d'être cités, du moins pour les publications faites dans les Eglises catholiques. Quand aux publications faites dans les églises protestantes, il existe moins de difficultés, vu qu'à part quelques rares exceptions, elles ont oblitéré les fêtes d'obligation de leur liturgie, les bans ne s'y publient que le dimanche et ils doivent s'y publier pendant trois dimanches consécutifs. Là encore il faut s'en rapporter à l'usage.

Les irrégularités dans les publications, ne formeraient pas d'ailleurs, obstacle à la validité du mariage, car comme nous l'avons déjà vu, le défaut de publication des bans ne forme qu'un empêchement prohibitif de mariage. Pas n'est besoin de répéter que la dispense de l'Eglise pour les mariages catholiques et la licence pour les mariages protestants, supplée à la publication.

228. L'article 130 se termine en disant, que si un mariage se fait entre des personnes appartenant à différentes églises, soit qu'il s'agisse d'un mariage entre un catholique et un protestant ou d'un mariage entre deux personnes appartenant à des dénominations différentes, les publications devront se faire dans les deux églises. Si l'on veut suppléer par une dispense ou une license, à la publication dans le cas du mariage mixte entre un catholique et une protestante ou réciproquement, la dispense doit être obtenue de l'autorité épiscopale et la license du Gouverneur-Général, revêtu du droit de l'accorder. Une dispense sans license et une license sans dispense ne suffiraient pas. En ce cas, il faudrait que les publications seraient faites dans les deux Eglises, comme si aucune dispense ou aucune license n'avait été obtenue. La raison en est que la dispense n'a d'effet que pour l'époux catholique et la license pour le protestant. Il semblerait pourtant, par la lettre de la Congrégation de la Foi à l'Archevêque de Baltimore, en date du 3 juillet 1843, ci-haut citée, que le mariage mixte doit toujours être

publié dans l'église de la partie catholique. Mais nous avons aussi vu, que cette opinion est contestée, et je crois que l'on peut sûrement conclure, que cette matière est de discipline et sujette à la discrétion des Ordinaires.

C'est pendant le Service Divin du matin, que doivent se faire et que se font les publications, dans les Eglises catholiques. Il en est de même dans les Eglises protestantes. Cependant, comme plusieurs églises protestantes n'ont pas de service divin de matin, mais en ont un le soir, dans ce cas, c'est au service du soir que se font les publications, c'est ce que dit l'article : *s'il n'y en a pas le matin à celui du soir.*

229. Il ne faudrait pas étendre ces mots, s'il n'y a pas de Service Divin le matin, comme s'appliquant au cas où par accident, il n'y aurait pas de Service Divin du matin, c'est-à-dire de Messe dans une paroisse catholique, et comme établissant en ce cas la faculté de publier les bans, au service du soir ou aux Vêpres. Cette publication faite aux Vêpres, serait une violation du Décret qui dit: *inter missaram solemnia*, pendant la solennité de la Messe. Une publication faite avant ou après la messe, serait également irrégulière, et aussi bien que dans le cas où il n'y aurait pas eu de messe, le curé qui aurait oublié de faire une seconde ou troisième publication pendant la messe, devrait la continuer au prochain jour de dimanche ou de fête. C'est probablement pour parer à cette éventualité, que l'on décide, que l'interposition d'un dimanche ou de deux jours de fête, écoulés sans continuation de bans, ne serait pas considérée interrompre la continuité des publications.

Si l'on consulte l'objet des publications, qui est de fournir aux fidèles l'occasion de dénoncer les empêchements de mariage et aux intéressés et notamment aux père et même, tuteurs et gardiens de faire opposition, en un mot, d'éviter les mariages clandestins, on se convaincra aisément qu'en cette matière tout doit être de rigueur. Le Concile exige que les publications se fassent pendant la messe, et l'usage est constant en ce sens ; n'est-il pas évident, que faites aux vêpres ou avant ou après la messe, elles n'auraient pas le caractère de publicité voulue par la loi, et n'en rempliraient pas le but.

C'est aussi pendant le Service Divin que se font les publications, dans les églises protestantes.

C'est à la messe de l'Eglise paroissiale que doivent se faire les publications, et dans nulle autre église ou chapelle.

Si les parties appartiennent à différentes paroisses, les publications doivent se faire dans chaque église paroissiale du lieu qu'elles habitent. C'est ce que dit le Concile *ter à proprio contrahentium parocho*, et le Rituel du Diocèse de Québec, comme le Rituel Romain enseignent la même chose.

La première règle à observer dit le Rituel de Québec, est que " lors que les deux parties sont de paroisses différentes, les " publications des bans se fassent dans les deux églises, du " lieu où chacune des parties habite actuellement ; de manière " que le curé qui doit célébrer le mariage, ne donne point la " bénédiction nuptiale qu'il n'ait vu un certificat de la publi- " cation des bans faite dans l'autre paroisse." Cette nécessité pour le prêtre qui célèbre le mariage, de se faire rapporter un certificat de la publication des bans, s'il ne l'a pas faite lui-même, proclamée par l'article 57, ainsi que nous l'avons vu au tome précédent, ne peut que se rapporter à l'éventualité de la résidence des conjoints dans deux paroisses différentes et à la nécessité de publier les bans dans les deux paroisses !

Le Rituel Romain dit : *Si vero vir et mulier parochiæ sint diversæ in utrâque parochiâ fiant denuntiationes.*"

L'article qui nous occupe est, il est vrai, silencieux sur ce point, car on ne peut interprêter comme s'appliquant au cas de la résidence des conjoints dans deux paroisses différentes, ce qu'il dit de la publication des bans dans *l'église à laquelle appartiennent les parties* ; *église* étant prise ici, dans le sens de *dénomination religieuse.* Mais dans l'article 57, le Code a présupposé cette obligation de la publication des bans dans différentes paroisses comme nous venons de le dire. En qualifiant à cet article, ces publications comme étant *les publications requises par la loi et régulièrement faites*, il s'en est d'ailleurs rapporté à la loi et à l'usage, sur la qualité de ces publications, et la loi et l'usage sont unanimes dans le sens de la double publication. L'article suivant, confirme amplement cette interprétation.

ARTICLE 131.

Si le domicile actuel des futurs époux n'est pas établi par une résidence de six mois au moins, les publications doivent se faire en outre au dernier domicile qu'ils ont eu dans le Bas-Canada.

SOMMAIRE.

232. L'article 130 ne s'est pas exprimé sur le lieu particulier de la publication des bans. Le présent article le complète.
233. Résumé de cet article. Différentes hypothèses.
234. Suite.—Disposition particulière du droit canonique.

COMMENTAIRE.

232. L'article 130 ne s'est pas exprimé sur le lieu particulier de la publication des bans; il s'est contenté de dire, qu'elles devaient se faire dans l'église commune aux deux conjoints, sinon dans les différentes églises auxquelles ils appartiennent.

Le Code est ici moins obscur, et bien qu'il ne soit pas encore assez explicite, on peut par inférence en saisir la pensée. En disant, que si les futurs époux n'ont pas actuellement un domicile établi par six mois de résidence, les publications se feront à leur dernier domicile, l'article 131 a nécessairement voulu dire, que dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où ce domicile actuel est établi par cette résidence de six mois, la publication de leurs bans se fera au lieu de ce domicile, c'est-à-dire dans l'église paroissiale de ce domicile. Ici l'exception forme la règle.

Cet article, en disant qu'au défaut d'un nouveau domicile établi par six mois de résidence, les publications se feront à l'ancien domicile des parties, a en outre consacré la nécessité d'une double publication dans le cas où les époux ne sont pas domiciliés au même lieu. Une publication ne peut être faite au lieu de leur domicile, sans être faite au domicile de chacun d'eux.

233. Le résumé de cet article est donc, qu'une personne qui a demeuré six mois à l'endroit où elle a son domicile, lors de la publication qui y est faite de ses bans, n'est pas tenue de les

faire publier ailleurs. Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où elle n'y a pas demeuré six mois, les bans doivent être publiés au dernier domicile qu'elle a eu dans le Bas-Canada.

Quid ? Si elle n'a pas demeuré à ce dernier domicile pendant les six mois qui ont précédé son départ ? Faudra t-il en ce cas négliger totalement ce domicile insuffisant, c'est-à-dire n'y pas faire de publication et remonter au dernier domicile établi par six mois de résidence, en omettant également tous les domiciles intermédiaires insuffisants, si cette éventualité se rencontrait. Se contentera-t-on de faire les publications à ce dernier domicile, au domicile de six mois et aux domiciles intermédiaires ?

La lettre de l'article étant silencieuse sur ces hypothèses qui peuvent pourtant arriver fréquemment, il faut s'aider de son esprit pour leur trouver une solution. Le but du législateur en ordonnant en sus de la publication au domicile actuel, une autre publication au domicile établi par six mois de résidence, a du être de répandre la connaissance du mariage dans l'endroit où la partie ayant résidé le plus longtemps, est censée y être mieux connue, y avoir ses parents, ses amis, et le cercle de ses connaissances, dans l'endroit parconséquent, habité par ceux qui peuvent avoir intérêt à s'opposer à son mariage ou qui sont le plus à portée de révéler les empêchements dont il peut être frappé. C'est à cause de l'éloignement présumé des intéressés du lieu habité pendant moins de six mois, et du défaut de notoriété de la personne en ce lieu, que l'on a trouvé insuffisante la publication en ce lieu unique. La loi a attaché à la seule résidence de six mois, la présomption contraire.

La raison de la loi ainsi connue, on se demande en quoi on servirait ses fins, en faisant une seconde publication du mariage à un endroit aussi étranger à la partie que l'est le domicile actuel qu'on trouve insuffisant, que cet endroit soit le dernier ou l'avant-dernier habité pendant moins de six mois. Supposons un Québecquois fixé à Sorel depuis moins de six mois, après avoir habité Trois-Rivières pendant quatre mois, et en dernier lieu Montréal pendant cinq mois, depuis son départ de Québec. Il veut se marier à Sorel, mais la publication

de ses bans à Sorel seul sera insuffisante. Où se fera l'autre publication, sera-ce à Montréal qu'il a habité en dernier lieu mais cinq mois seulement ou bien à Québec qui est son domicile de naissance, à tout événement son dernier domicile établi par six mois de résidence ? Il ne semble en aucune façon douteux, que ce devra être à Québec. En effet, à quoi bon une publication à Montréal où il est aussi étranger, sinon plus qu'à Sorel ?

234. Une autre alternative se présenterait ; ce serait de publier à la fois les bans à Montréal et à Québec. Mais alors il faudrait aussi les publier à Trois-Rivières et dans tous les autres endroits intermédiaires où il aurait plu au futur époux de s'arrêter. Cependant, si après avoir quitté Québec, il avait résidé six mois à Trois-Rivières, ou à Montréal, ou au deux endroits, ce serait à l'endroit habité en dernier lieu pendant six mois, que devraient se faire les publications ultérieures.

Dans ce système, les publications de mariage de la même personne ne peuvent jamais se faire à plus de deux endroits, pendant que dans l'autre, elles peuvent se multiplier à l'infini. La seule raison tirée des inconvénients, serait suffisante pour faire repousser cette dernière interprétation.

Les publications dans l'autre interprétation sont déjà assez nombreuses, puisqu'au cas où la résidence actuelle des deux conjoints, venant de deux paroisses différentes, n'a pas été continue pendant six mois, leur mariage devra être publié dans trois paroisses différentes

D'après le droit canonique, le domicile et le quasi-domicile, s'acquiérant *ipso facto*, au moment même où l'on vient dans un endroit avec l'intention requise, la publication des bans y devient nécessaire dès le premier jour, sans préjudice de l'obligation qu'il y a de publier aussi dans la paroisse que l'on vient de quitter. Cette seconde obligation ne cesse qu'après six mois.— (Second Concile de Québec, Décret XIII, § 4).

ARTICLE 132.

Si le dernier domicile est hors du Bas-Canada, et que les publications n'y aient pas été faites, le fonctionnaire qui, dans ce cas, procède à la célébration du mariage, est tenu de s'assurer qu'il n'existe entre les deux parties, aucuns empêchements légaux.

SOMMAIRE.

235. Cet article complète les deux articles précédents en faisant une disposition expresse pour le cas où les conjoints ou l'un d'eux ont eu leur dernier domicile hors du Bas-Canada.
236. Sens des articles 131 et 132 rapprochés.

COMMENTAIRE.

235. L'article 131 ne contemple que le cas, où le dernier domicile établi par six mois de résidence, est dans le Bas-Canada. Le présent article, qui est donné comme de droit nouveau, s'occupe maintenant du cas où le dernier domicile, (toujours établi par six mois de résidence) est hors du Bas-Canada. Malgré l'obscurité du langage et le défaut de précision de ces deux articles, il faut bien que la distinction faite entre les cas qu'ils contemplent, soit motivée par le fait, que dans un cas, la dernière résidence de six mois a été dans le Bas-Canada, et hors du Bas-Canada dans l'autre et que par le mot *dernier domicile*, dont se servent les deux articles, on entende le lieu où l'on a résidé six mois ; sans cela et en interprétant littéralement l'article 132, il faudrait dire, que dans tous les cas où le dernier séjour d'un futur époux qui ne réside pas depuis six mois au lieu de son domicile actuel, a été hors du Bas-Canada, quelque court qu'il y ait été, l'article 131 est sans application ; qu'une seconde publication dans le Bas-Canada, n'est pas nécessaire, et que cette seconde publication peut se faire au lieu étranger où son séjour a été éphémère, bien qu'elle n'y soit pas ordonnée.

Ce serait aller à rebours du bon sens. En effet, l'effet pratique de cette distinction sans différence, serait celui-ci : Le futur époux qui n'habite pas depuis six mois, au lieu de son

domicile actuel, doit faire en outre publier ses bans le lieu du dernier domicile qu'il a eu dans le Bas-Canada, (domicile établi par six mois de résidence), excepté que depuis qu'il a ainsi eu un tel domicile, il soit demeuré pendant un temps quelconque, aussi court qu'on voudra, à l'étranger, et cela, immédiatement avant de venir se fixer au lieu qu'il habite maintenant; auquel cas, les publications à son domicile Bas-Canadien, ne seront pas nécessaires.

236. Le sens de l'article 132, mis en regard de l'article 131, est donc celui-ci : Le futur époux, dont le domicile actuel dans le Bas-Canada, n'est pas établi par six mois de résidence, mais dont le dernier domicile établi par six mois de résidence continue est à l'étranger, ne sera pas tenu d'y faire publier ses bans, non plus qu'à aucun autre endroit du Bas-Canada, où il pourrait avoir habité précédemment, même s'il y avait eu une résidence continue de six mois; mais dans ce cas, le fonctionnaire qui célèbre son mariage est tenu de s'assurer qu'il n'est pas frappé d'empêchements légaux. Si ces doubles publications ont été faites à l'étranger, le fonctionnaire est dispensé de faire ces recherches, sur la nature desquelles la loi ne se prononce pas et qu'elle abandonne à sa prudence.

ARTICLE 133.

Si les parties ou l'une d'elles, sont relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications sont encore faites au lieu du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouve.

SOMMAIRE.

237. A première vue cet article paraît simple, mais il ne l'est pas en réalité.
238. Explication de l'article.
239. Un mineur légitime, orphelin de père et de mère doit être pourvu d'un tuteur avant la publication de son mariage ; et son mariage doit être publié au lieu du domicile de ce tuteur. Distinction entre le cas du mineur légitime et du mineur illégitime.
240. Hypothèse du cas où il n'existe pas au lieu du domicile des personnes qui ont le mineur en puissance, d'Eglise de la croyance religieuse du mineur. Autre distinction.

COMMENTAIRE.

237. A première vue, la règle de cet article parait simple, mais elle ne l'est pas en réalité ; car prise dans son sens absolu, elle serait de toute impraticabilité, en ce que, sans excepter les cas où le domicile de ceux qui ont les futurs époux sous leur puissance, se trouve dans un lieu où les publications sont impossibles, l'article les prescrit indistinctement. Il peut se présenter une foule de cas de ce genre ; les mariages des mineurs, dont les pères ou tuteurs habitent les Etats-Unis, en fournissent une assez vaste catégorie. L'article devra donc recevoir de la nature des choses, une limitation littéralement étrangère à sa rédaction.

Le sens de l'article est, que les publications de bans de ceux qui pour contracter mariage sont tenus d'obtenir le consentement d'autrui, doivent, en addition à celles qui sont déjà requises, c'est-à-dire aux publications ordinaires au lieu du domicile actuel, se faire au lieu du domicile des personnes dont le consentement est exigé.

Ceux qui doivent obtenir ce consentement, sont les mineurs de vingt-et-un ans, et ceux qui doivent le donner sont les père et mère ou tuteur ; c'est-à-dire les père et mère, ou le père ou la mère survivant, ou au cas de la mort des deux, le tuteur seul. Nous avons traité de la nécessité de ce consentement sur les articles 119, 120, 121 et 122. Que l'on ne croie cependant pas, qu'il y a corrélation absolue entre ces articles et l'article 133 qui nous occupe, en ce que les publications qu'exige ce dernier article au lieu du domicile de ceux qui doivent consentir au mariage du mineur, doivent avoir lieu, dans tous les cas contemplés par les premiers articles.

238. Pour contracter mariage, tout enfant mineur, légitime ou illégitime, doit obtenir le consentement de certaines personnes désignées par la loi ; le mineur légitime, celui de ses père et mère, ou de son tuteur ordinaire, s'il en a un, ou de son curateur s'il est émancipé. Pour lui, notre article ne peut souffrir de difficulté.

C'est au lieu du domicile de ses père et mère, s'ils vivent

tous deux, (le domicile du père étant celui de la mère, ou de la mère survivante si le père est mort,) ou dans le cas du décès des deux, du tuteur ou du curateur, que les publications doivent se faire.

Dans le cas de séparation de corps, et d'habitation des époux dans deux endroits différents, ce serait incontestablement au lieu du domicile du père et du père seul, que les bans devraient être publiés. Dans le cas où le mineur, enfant légitime, pourvu d'un tuteur est émancipé, comme l'émancipation fait cesser la tutelle, c'est au lieu du domicile du curateur que doivent se faire les publications additionnelles exigées par cet article.

239. Si le mineur, enfant légitime, orphelin de père et de mère, n'est pas pourvu de tuteur, il doit lui en être nommé un, avant qu'il soit procédé aux publications de son mariage, et dans le cas où le mineur habite dans un lieu différent de celui de ce tuteur, ces publications doivent, en outre de celles faites au lieu de cette habitation, se faire au lieu du domicile du tuteur.

Pour le mineur, enfant illégitime, l'article opère différemment. Comme aux termes de l'article 121, l'enfant naturel doit pour se marier, y être autorisé par un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé à cet effet, nulle publication de son mariage ne doit être faite, sans la nomination préalable de ce tuteur spécial, au lieu du domicile duquel, doivent se faire en plus les publications, dans le cas où le mineur réside dans un autre endroit que le tuteur.

Le mineur, enfant illégitime, reconnu ou non reconnu, n'étant pas obligé pour se marier, d'obtenir le consentement de ses père et mère, ni de son tuteur ordinaire, s'il en a un, le lieu de leur domicile, toujours dans le cas de résidence actuelle du mineur dans un autre endroit, doit rester un fait étranger, quant à la publication de ses bans de mariage. Il en est ainsi du curateur à ce mineur illégitime émancipé. L'existence de ce curateur est un fait indifférent, en rapport avec les publications de son mariage, car, bien qu'il soit émancipé, un tuteur spécial doit lui être nommé quand il se marie.

240. Si les personnes, sous la puissance desquelles, se trou-

vent les mineurs, enfants légitimes ou naturels, habitent dans des lieux où il n'existe pas d'église de la croyance religieuse du mineur, le présent article est sans application ; car il est hors de question, que les publications du mariage d'un mineur catholique, puissent se faire dans une église protestante et réciproquement.

Cette inapplicabilité existe, dans le cas, où la personne sous la puissance de laquelle est le mineur, par rapport au mariage, est de la même persuasion religieuse que le mineur, comme dans le cas contraire. Autre limitation que l'article reçoit de la nature des choses.

Cette seconde publication ne peut en outre être exigée, que quand la personne, ayant le mineur en puissance, habite le Bas-Canada ; car notre loi est sans autorité en pays étranger. Si elle y est faite volontairement, elle ne peut cependant qu'accroître la perfection du mariage. Comme elle ne peut y être compulsoire, nul prêtre ou ministre ne serait justifiable de l'exiger, avant de procéder à la célébration du mariage.

ARTICLE 134.

Il est loisible aux autorités en possession jusqu'à présent du droit d'accorder des licenses ou dispenses pour mariage, d'exempter des dites publications.

SOMMAIRE.

241. Nature des dispenses de licences mentionnées en cet article.

COMMENTAIRE.

241. Cet article reconnait l'autorité du pouvoir Ecclésiastique, d'exempter des publications de mariage. Les catholiques connaissent cette exemption sous le nom de dispense. Les protestants l'appellent license. Dans le fonds c'est une seule et même chose. Cette dispense quelle porte sur une, deux ou trois publications, est un droit de l'Ordinaire dans chaque Diocèse Catholique, et s'accorde par l'entremise des Grands-Vicaires.

Chez les protestants, où elle est beaucoup plus fréquente que chez les catholiques et s'applique toujours aux trois publications, elle est accordée par le Gouverneur-Général, comme représentant de Sa Majesté, ou par des députés nommés par lui à cette fin, bien qu'en Angleterre, elle soit considérée, par l'acte de mariage de Lord Harwick, comme un attribut de l'Archevêque de Cantorbery, Primat du Royaume-Uni.

Nous avons déjà cité la disposition de cet article, comme une preuve de l'intention des Codificateurs de ne rien changer à l'ancien droit sur le mariage, et de respecter les usages de toutes les églises du pays.

ARTICLE 135.

Le mariage célébré hors du Bas-Canada entre deux personnes sujettes à ses lois, ou dont l'une seulement y est soumise, est valable, s'il est célébré dans la forme usitée au lieu de la célébration, pourvu que les parties n'y soient pas allées dans le dessein de faire fraude à la loi.

SOMMAIRE.

242. Référence au tome premier au regard des statuts.
243. La forme du mariage des Bas-Canadiens est sujette aux lois du Bas-Canada.
244. Application du Décret *tametsi* au sujet de cet article.
245. Quasi-domicile et second domicile en matière de mariage suivant le droit canonique.
246. La règle du présent article est plus large que la règle canonique.
247. Comment les vices de clandestinité peuvent faire présumer la fraude à la loi. *Quid* des empêchements prohibitifs en général ?
248. Empêchements dirimants invalident le mariage contracté à l'étranger comme celui contracté dans le Bas-Canada.
249. Il faut se garder de prononcer une opinion trop absolue sur l'effet des empêchements prohibitifs sur les mariages contractés à l'étranger. Référence au Code Napoléon sur le sujet des empêchements prohibitifs.
250. Analogie entre le droit ancien et le droit nouveau à cet égard.

251. Citation et critique du jugement rendu dans la cause de Languedoc et ux., V. Laviolette.
252. Suite.
253. Suite.
254. Suite.
255. Retour au présent article.
256. Par quelle loi doit être jugée la suffisance du domicile dont il s'agit dans cet article ?
257. Suite. Inconvénients de la règle qui attribue la validité du mariage aux lois du domicile.
258. Si cette règle a ses inconvénients, la règle qui soumet le mariage aux lois du *locus in quo* a les siens, et les derniers excèdent les premiers.
259. Distinction entre le mariage des Bas-Canadiens contractés à l'étranger et celui des étrangers contractés dans le Bas-Canada.
260. Renvoi.

COMMENTAIRE.

242. Pour résoudre les questions que soulève cet article, il faut d'abord bien les préciser, et connaître exactement, quels sont les mariages qui en font le sujet. Ce sont les mariages célébrés à l'étranger, entre deux personnes soumises où dont l'une d'elles, est soumise aux lois du Bas-Canada.

J'aurai à référer ici, à ce que j'ai dit au tome précédent, sur la distinction des statuts et sur leur application. Le droit de contracter mariage est un droit essentiellement personnel et toutes les lois qui affectent l'exercice des droits personnels, sont des statuts personnels. (1) De ce nombre, sont celles qui créent

(1) A ce que nous avons dit à ce sujet, il ne sera pas inutile, vû son importance, d'ajouter les citations suivantes des auteurs qui font autorité sur la matière, en commençant par Boullenois.

" Les lois personnelles, dit cet auteur, affectent la personne d'une qualité qui lui est inhérente, et la personne est telle partout. Les lois pures personnelles, soit personnelles universelles, soit personnelles particulières, se portent partout ; c'est-à-dire, que l'homme est partout de l'état, soit universel, soit particulier, dont sa personne est affectée par la loi de son domicile.

Boullenois Prin. C. Gen. 10, 18, p. 4, 6 ; Observ. 4, 10, 12, 14, 46.

L'état personnel du domicile se porte partout. *Habilis vel inhabilis in loco domicilii, est habilis vel inhabilis in omni loco.*

des incapacités ou des empêchements de mariage. Les formes dont l'inobservance rend inhabile à contracter un mariage valide ou licite, sont comme les autres empêchements, l'objet d'un statut personnel. Les effets du mariage sur les biens des époux sont régis par un statut réel et à part celles dont la violation constitue un empêchement, les formes de mariage sont soumises à un troisième statut que nous avons appelé : *Statut des actes de l'homme*, et qui s'appelle aussi *statut mixte*. Les statuts personnels sont ceux du domicile de l'individu, les statuts réels ceux de la situation des biens et les statuts des actes de l'homme ou mixtes ceux du lieu ou l'acte est fait.

243. Le mariage est essentiellement un contrat, et comme tel, il est sujet à ces distinctions. Les lois du mariage, affectant l'état, la condition et la capacité des individus, les suivent dans tous les pays qu'ils habitent, de quelque durée qu'y soit leur séjour, et ne les abandonnent qu'avec leur nationalité comme

Idem. Dissert. sur les Quest. de la contrariété des Lois, Disc. Prel. p. 20, Règle 10.

Cum de statu et conditione hominum quæritur, uno solummodo judici, et quidem domicilii, universum in illo jus sit attributum.

Rodenburgh, de Div. stat. tit. 1, chap. 3, § 4, act. § 10 ; Boullenois, p. 145, 146 ; Id. Obs. 14, p. 196 ; 2 Boul. App. p. 7, 8, 9.

Hinc status et qualitas personæ reguntur à legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit.

Hertius de Statutis, Leg. § 4, No. 5, p. 122.

Id. p. 173, 174, édit. de 1716.

Quando lex in personam dirigitur, respeciendum est ad leges illius civitatis, quæ personam habet subjectam.

Id. No. 8, p. 123 ; Id. No. 12, p. 128, 175, 182.

Froland, Bouhier, Paul Voet, Pothier, et autres auteurs établissent la même règle.

1. Froland, Mém. des Stat. ch. 7, § 2, p. 156 ; Id. vol. ch. 33, § 8, 9, 10, p. 547 ; Bouhier, Cout. de Bourg., ch. 23, § 92, p. 461. Id. ch. 24, § 11, p. 463 ; Id. ch. 22, § 5 à 11, p. 418 ; Voet, de Stat. § 4, ch. 2, No. 6, p. 137, 138. Henry on For., Law, ch. 4, p. 34. Pothier, Introd. Gen. Cout. d'Orléans, ch. 1, art. 7.

Froland : Le statut personnel, non-seulement exerce son autorité sur le lieu du domicile d'une partie, mais accompagne sa personne dans tous les lieux où elle se rend pour contracter ; *et elle influe sur tous ses biens dans quelques coutumes qu'ils soient assis.*

le font les lois du Code Napoléon (1) ou ne changent qu'avec son domicile, comme le font celles du Code Civil du Bas-Canada. Les personnes donc qui sont soumises aux lois du mariage du Bas-Canada, sont celles qui y ont leur domicile.

C'est de ces personnes que parle notre article, comme pouvant valablement contracter mariage à l'étranger, suivant les formes usitées dans le pays où il est célébré, pourvu qu'elles n'y soient pas allé pour faire fraude à la loi du Bas-Canada.

Quant aux Bas-Canadiens qui ont établi leur domicile en pays étranger, il n'est pas douteux que la forme de leur mariage ne soit sujette aux lois du lieu de leur nouveau domicile, les lois des pays infidèles ou les lois violant le droit naturel ou divin, étant exceptées. Ce n'est pas de ceux-là qu'il est question dans le présent article, mais de ceux qui ont conservé leur domicile dans leur pays, et qui se marient à l'étranger.

Les formes dont il s'agit dans l'article, sont les formes de célébration du mariage. La forme du contrat de mariage comme la forme de tous les contrats du droit naturel et du droit des gens, est aux termes du droit commun, celle du lieu où les contrats sont faits. C'est-à-dire que le mariage se con-

Bouhier adopte la même règle. Quand le statut personnel du domicile est en concurrence avec le statut personnel de la situation des biens, celui du domicile doit l'emporter sur celui de la situation des biens.

Il faut donc tenir pour constant que la capacité ou l'incapacité que la loi du domicile a imprimée sur la personne la suit en tous lieux. En sorte que ce serait inutilement, qu'étant incapable au lieu de sa résidence, elle voudrait aller contracter dans un endroit, où elle aurait été capable si elle y avait été domiciliée.

Pothier : Au reste, les statuts personnels exercent leur empire sur les personnes par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

Rodenburg : *Quocumque modo se casus habuerit, contrahentium erit respicere ad suum cujusque domicilii locum, impositam ibidem personæ qualitatem, aut adeptam donec conditionem cujus ignarus non sit oportet, qui cum eo volet contrahere. Quare Hollandiæ incola major Ultrajecti, minir apud suos, contrahit apud nostrates invalide. Contrà Ultrajectinus lege domicilii major contrahit in Hollandiâ efficaciter, ut maxime ex more regionis istius rerum suarum necdum habitus compos.*

5 Merlin, Rep. Statut ; Id. Majorité, § 5 ; Id. Autorisation Maritale, § 10.

(1) Félix, Droit International privé, chap. 2, No. 91, p. 131.

tracte valablement partout en suivant la forme de la loi du *locus in quo*, que les époux y soient ou non domiciliés. Il y a cependant pour les catholiques désaccord sur ce point entre le Droit Civil et le Droit Canon, qui a imprimé une dérogation à cette règle, par le Décret du Concile de Trente, ordonnant la célébration du mariage devant le propre curé des contractants, habitant un lieu où le Décret a été publié.

Nous avons dit plus haut que cette loi du Concile de Trente, est à la fois une loi territoriale (1) et personnelle, en ce qu'elle s'applique à tous les mariages catholiques contractés dans les limites du territoire où le Décret a été publié et qu'elle oblige toutes les personnes domiciliées dans ce territoire.

244. Voici au demeurant, comment s'applique le Décret : Une personne habitant un lieu où le Décret est en force, qui transporte son domicile dans un lieu où il ne l'est pas, peut valablement sans égard à la durée du temps écoulé depuis son établissement dans ce nouveau lieu, (2) et par le fait même de

(1) Gury, Comp. Theolg. Moral, Tract. de Matrim. No. 1530.

Quær. 2o. *An valeat matrimonium eorum qui, discendentes ex loco ubi non viget decretum Trid., contrahunt clandestine in loco ubi viget.*

R. neg. *Etiamsi contrahunt transeundo tantum ; quia agitur hic de lege cui omnes in loco ubi viget degentes subjacent.*

(2) Schmalz, tom. 4, pars 11, Tit. 3, De Cland. Desp. § 147.

Quæritur 5o. Quanti temporis habitatio in aliquo loco requiratur,ut coram ejus parocho nuptiæ, valide celebrentur? Resp. cum distinctione; vel enim nuptias celebraturus in talem locum discessit animo figendi ibidem domicitum, et in eo stabiliter permanendi, vel amino ad proprium, redeundi.

Si primum quæcumque, etiam brevissima habitatio in hujusmodi loco suffiat, quia tali animo transiens, ipso facto, quo domicilio priori relicto, transit ad talem locum tali animo, domicilium ibi acquirit.

Item. Dens, Tract. de Matrim., tom. 7, p. 282, No. 108. Item. Heiss, de Matrim. de imped. deriment. p. 177, § 45, De par prop.

Hinc ad domicilium duplex conditio requiretur *factum*,scilicet seu adventus ant reipsa incepta in oliquo loco habitatio, et *amnins* in aliqua parochiâ commorandi, donec alia cansa avocet. Illum ergo, qui in aliquo loco habitare intendit primo decreto et actu incepta habitationis hora parochianum efficit, licit in novi domicilii locum familia vel suppellex et pems domestica nonuum translatasint.

cet établissement et la translation de son domicile, y contracter mariage, suivant les formes de la loi du lieu. Si le Décret y a été publié, c'est devant le curé du nouveau domicile que le mariage doit être contracté. S'il ne l'a pas été, la forme prescrite par la loi locale sera celle du mariage. Si cette loi n'exige aucune forme particulière, et reconnait le simple mariage consensuel dont elle ne soumet la preuve à aucune formalité particulière, le mariage ainsi contracté par le nouveau domicilié y sera valable. Il y a plus, il est permis de quitter son domicile fixé dans un lieu où le Décret est en force, pour aller fixer son domicile dans un lieu où il ne l'est pas, dans l'intention de se soustraire à la rigueur de ce Décret et d'y contracter mariage suivant la loi du nouveau domicile, pourvu que cette translation de domicile soit sérieuse et effectuée sans fraude. (1)

245. En outre du domicile établi en un lieu nouveau, le Droit Canon reconnait le quasi-domicile comme donnant à celui qui l'habite le droit de s'y marier suivant la forme locale. Ce quasi-domicile est créé par le fait de l'habitation dans un certain lieu avec l'intention d'y résider pendant la plus grande partie de l'année, ou du moins un temps considérable, dont la suffisance n'est cependant pas soumise à une règle mathématique mais se détermine d'après les circonstances, tout en conservant son vrai domicile dans un autre lieu. Après un mois

(1) Gury, loco citato, No. 1529.

Quær. 1o. An valeat matrimonium eorum qui discedentes ex loco ubi receptum est decretum conc. trid. contrahunt in loco ubi non est receptum.

R. 1o. Invalide contrahunt, si pergant ad alium locum in fraudem legis hoc est intentione clandestine contrahendi. Exdecreto Urbani VIII, anni. 1627, etc. Item dicito de iis qui *cum sint in incolæ loci in quo concilium trident, in puncto Matrimonii est promulgatum transeant per locum in quo dictum concilium non est promulgatum retinentes idem domicilium* quam quam non transeant in fraudem Exeodem decreto.

R. 2o. Valide et tamen contrahunt, si ibi vel quasi domicilium habeant vel acquirant, quia vi hujus domicilii omnibus priviligiis incolarum ganudent. Et hoc valet etiamsi et patria disacesserint eo fine ut alibi clendestine contrahunt, quia ibi qrans non est cum priviligium loci epsius sicut aliis illius incolis faveat.

d'habitation dans le quasi-domicile, l'intention de l'habiter pendant six mois de l'année se présume ; le quasi-domicilié peut s'y marier en présence du curé du lieu, si le Décret y est en force, ou s'il ne l'est pas, de toute autre manière reconnue par la loi locale. (1)

Il s'en suit que d'après le Droit Canon, le domicilié dans le Bas-Canada, où le Décret est partout en force, par l'usage s'il ne l'est pas par le fait de sa publication dans chaque paroisse, ne peut contracter mariage, hors la présence de son propre curé, et conséquemment en pays étranger, que dans le cas où il y a un quasi-domicile ou un second domicile, car contrairement au Droit Civil, d'après le Droit Canon, celui qui habite deux endroits pendant une partie égale ou à peu près égale de l'année, a deux domiciles, où il peut contracter un mariage valable devant l'un ou l'autre des curés de ces endroits. (2)

246. La règle de notre article 135 est plus large, puisqu'elle reconnait la validité de tout mariage contracté à l'étranger, sans y avoir son domicile, un quasi-domicile, ou un second domicile, (lesquels quasi-domicile ou second domicile le Droit Civil ne reconnait pas d'ailleurs,) suivant les formes du lieu, pourvu que la célébration n'en soit pas affectée de fraude à la loi.

C'est donc d'après cet article, en une question de fraude que se convertit la difficulté des mariages contractés à l'étranger, entre deux Bas-Canadiens ou entre une étrangère et un Bas-Canadien, ou un étranger et une Bas-Canadienne, qui n'ont pas de domicile dans un pays où ils se marient. Si le mariage a été contracté à l'étranger, en fraude de la loi du Bas-Canada, ce mariage doit être déclaré nul, si non il est valable. La fraude est définie en matière privée, toute promesse ou artifice employés pour circonvenir et tromper autrui : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Appliquée aux lois d'ordre public, la fraude à la loi, consiste pareillement dans toute voie détournée, artifice et machination employés pour en tromper

(1) Voyez les auteurs ci-haut cités aux lieux indiqués.

(2) Voyez encore les mêmes auteurs.

la vigilance et en éluder les dispositions. En matière de mariage, la fraude la plus ordinaire employée contre la loi, consiste dans le vice de clandestinité.

247. Les vices de clandestinité, nous l'avons déjà vu, consistent dans le défaut de publication des bans, dans le défaut du consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs, et dans la célébration hors la présence du propre curé. (1) Or, ceux qui vont à l'étranger y contracter mariage, pour se soustraire aux publications, au consentement des parents, et à l'obligation de se marier devant leur propre curé, craignant que les publications ne révèlent des empêchements, que les parents ne refusent leur consentement, ou que le curé ne veuille célébrer le mariage, pour cause d'empêchements ou pour tout autre motif légitime, sont censés y être allé, suivant le texte de l'article 135, dans le dessein de faire fraude à la loi.

Cette hypothèse n'est pas donnée comme limitative, ou renfermant tous les cas ou les seuls cas de fraude ; elle est démonstrative, en ce qu'elle cite ces cas comme exemples de l'opération du principe, et pour en faciliter l'application aux cas analogues. Est-il nécessaire que les défauts dont peuvent être affecté le mariage dont on veut dérober la connaissance au public ou à ceux qui auraient intérêt à le prévenir, constituent des empêchements dirimants ou prohibitifs, pour qu'on soit censé l'avoir contracté en fraude de la loi ?

248. Pour ce qui est des empêchements dirimants, comme ils auraient invalidé le mariage dans le Bas-Canada, et que la fraude ne peut profiter à celui qui la commet, *nemini fraus patrocinari debet*, il n'est pas douteux, qu'indépendamment du moyen tiré de la fraude, l'empêchement par sa propre énergie, invalide le mariage. L'empêchement prohibitif tout en le rendant illicite, ne l'invaliderait pas dans le Bas-Canada, mais comme cet empêchement aurait fourni une raison légitime au

(1) Plus rigoureusement parlant le mariage proprement appelé *clandestin* est au regard du sujet qui nous occupe, celui contracté hors la présence du propre curé, mais dans un sens plus étendu, on appelle aussi clandestins les autres mariages indiqués dans le texte.

ministre du culte pour refuser son concours au mariage, (art. 129 *in fine*) que c'eût même été son devoir de refuser de le célébrer, on peut supposer qu'il l'aurait fait et que le mariage n'aurait pas été célébré dans le Bas-Canada, *Omnia acta rite præsumuntur*, et l'intention de faire fraude à la loi est ici présumable. Les deux cas cités de clandestinité, provenant du défaut de publication des bans et du défaut de consentement des père et mère ou tuteur au mariage des mineurs, sont de ce genre.

Par rapport à la clandestinité résultant du défaut de consentement paternel ou tutélaire, il convient cependant de dire, qu'indépendamment de la fraude, il invaliderait au point de vue civil le mariage fait à l'étranger. Sous le rapport des effets civils, ce défaut constitue un empêchement dirimant, distinction que nous avons déjà faite, et qu'il importe de ne pas oublier.

249. Pour ce qui est de l'effet des empêchements prohibitifs, comme du défaut de consentement et du défaut de publication des bans, il faut se garder de prononcer une opinion absolue sur leur suffisance à établir la fraude. (1) La fraude à la loi comme la fraude au contrat et au préjudice des individus, est toujours une question de fait, et comme telle discrétionnement appréciable par les tribunaux.

La même question soulevée sur l'article 170 du Code Napoléon qui dit " que le mariage contracté en pays étranger entre " Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les " formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des " publications prescrites par l'article 63 au titre des *Actes de* " *l'Etat Civil* et que le Français n'ait point contrevenu aux dis- " positions contenues au chapitre précédent," (chap. 1 du Titre

(1) Demolombe, du mariage, sur l'art. 170, No. 217 :

Il est très-certain que les empêchements qui seraient dirimants contre le mariage du français en France, le seront également contre son mariage célébré en pays étranger. Mais faut-il aller plus loin, et dire que certains empêchements, qui ne seraient en France, que *prohibitifs*, tels que le défaut de publications ou d'actes respectueux, deviendront eux-mêmes *dirimants*, si le mariage a été célébré en pays étranger ? Nous allons bientôt nous expliquer sur ce point important. (*infrâ* No. 212).

du mariage) a mis en présence trois opinions, sur l'effet d'un mariage contracté à l'étranger, malgré un ou plusieurs empêchements prohibitifs ; tous les auteurs convenant que l'empêchement dirimant invalide le mariage du Français à l'étranger, comme il l'invaliderait en France. La première de ces opinions va à invalider le mariage frappé d'empêchements prohibitifs, et la seconde à le maintenir absolument, malgré ces empêchements. La troisième qui est celle que je viens d'exprimer, admet un terme moyen, et rejetant les partis excessifs, ne considère les empêchements prohibitifs que comme des présomptions de l'intention de frauder, présomptions destructibles par la preuve contraire, c'est-à-dire de la bonne foi du mariage contracté à l'étranger (1).

250. C'était aussi la décision des auteurs sous l'ancienne jurisprudence. C'est ce qu'en seigne Pothier (Mariage No. 363.) " Tout " ce que nous avons dit jusqu'ici sur la nullité du mariage " célébré hors de la présence et sans le consentement du curé " des parties, a lieu quand même le mariage aurait été célé- " bré en pays étranger, lorsqu'il paraît que c'est en fraude de " la loi qu'ils y sont allés... et *in fine* " il en serait autrement " du mariage d'un Français qui se trouverait avoir sans " fraude, sa résidence dans un pays étranger..... Ce mariage " serait valable, n'y ayant pas en ce cas de fraude." V. également Merlin, Répertoire, Vo. Mariage, section IV, § 2, No. 9.

Le mariage frappé d'empêchements prohibitifs établis par la loi civile ou ecclésiastique, (car dans l'un et l'autre cas la fraude est la même), contracté en pays étranger entre Bas-Canadiens non domiciliés ou non résidents, ou entre Bas-Canadiens et étrangers, devra *prima facie* être présumé avoir été contracté en fraude de la loi, s'il apparaît que les parties ou même l'une des parties, sont allé se marier ainsi en pays étranger, pour se soustraire aux conséquences que ces empêchements auraient produites dans le Bas-Canada, ou pour en étouffer la

(1) Demolombe. Du mariage, chap. 3, tome 1, No. 223 à 225 inclusivement.

Boileux. Tit. du mariage, Commentaire sur l'article 170. Tome 1, page 41.

révélation. On pourrait même dire qu'indépendamment de toute autre circonstance, le seul fait de ces empêchements, tout en ayant un égard raisonnable à la gravité de chacun d'eux, constituera une présomption de l'intention de frauder, sauf aux parties à repousser cette présomption et à défendre la validité de leur mariage, par une preuve extérieure de leur bonne foi.

251. Les principes qui viennent d'être ci-haut énoncés ont reçu un démenti éclatant de la part des tribunaux de première instance et d'appel, dans la cause de Languedoc et *ux.* v. Laviolette, jugée en première instance le 30 mai 1857 et en appel, le 4 mai 1858.

En septembre 1849, deux Bas-Canadiens domiciliés dans le District de Montréal, George Languedoc et Adèle Beaudry, une mineure âgée de dix-sept ans, allèrent secrètement contracter mariage aux Etats-Unis. Ce mariage non précédé de publications de bans, ne fut pas autorisé par Joseph G. Laviolette le tuteur de la mineure. Les époux n'ayant fait au delà de la frontière, que le séjour nécessaire pour parvenir à leur fin, étant de retour dans le Bas-Canada, touchés apparemment de repentir d'avoir contracté un mariage irrégulier et pour réhabiliter leur union, contractèrent un second mariage devant leur propre curé, après avoir au préalable, fait un contrat de mariage, auquel assista Laviolette, le tuteur de la mineure, stipulant séparation de biens.

Plus tard Adèle Beaudry poursuivit en qualité de femme séparée de biens de Languedoc son mari et de lui autorisée, son tuteur Laviolette, en reddition de compte. Ce dernier plaida par fin de non recevoir, la fausse qualité de femme séparée de biens prise par la Demanderesse, excipant à cette fin du premier mariage, dont il soutint la validité, et il alléguait pour démontrer son intérêt à faire cette exception, que le premier mariage ayant été contracté aux Etats-Unis, sans conventions matrimoniales, avait emporté communauté de biens entre Languedoc et sa femme, et qu'étant créancier du mari, il avait intérêt à faire constater ce fait de la communauté.

Les Demandeurs invoquèrent en réponse, la nullité absolue du premier mariage, comme étant entaché de clandestinité, à raison du défaut de consentement du tuteur, de l'omission des publications de bans ou de dispenses, et de l'absence du propre curé des parties à la célébration. Ils soutenaient qu'à raison de ces empêchements, et des circonstances sous lesquelles il avait été contracté, il y avait eu fraude à la loi du Bas-Canada, et que le second mariage seul devait être considéré comme existant.

252. Jamais cas plus manifeste de fraude à la loi du mariage ne s'était présenté devant les tribunaux. Il était de la dernière évidence, que les parties s'était rendu aux Etats-Unis, pour soustraire leur mariage à l'autorité des lois de leur domicile, et cette intention seule révélait leur mauvaise foi. Les époux ne pouvaient donc, à raison de cette circonstance, invoquer le bénéfice du droit international, qui soumet le mariage contracté de bonne foi à l'étranger, à la forme de la loi du lieu du contrat, *lex loci contractûs*. C'était donc la loi du domicile qui devait régir la forme du mariage. Or cette forme était celle prescrite par le Concile de Trente, c'est-à-dire qu'il devait être contracté devant le propre curé des parties.

C'est aussi cette même loi qui devait juger de la capacité des contractants. D'après la loi du Bas-Canada, le mariage eût été frappé pour les fins civiles, et il s'agissait ici d'un des effets civils de mariage, (de l'établissement de la communauté de biens ou du régime de la séparation), d'un autre empêchement dirimant résultant de l'absence du consentement du tuteur de la mineure. En troisième lieu, le mariage ayant été contracté sans publications, ce dernier empêchement quoique prohitif eût dû lui être fatal comme présomption de fraude. On n'eût certes pas du s'attendre à voir maintenir un mariage affecté de tant de vices. C'est pourtant ce qui a eu lieu ; le tribunal de première instance débouta les Demandeurs, déclarant le premier mariage valable, et n'eut aucun égard au second.

Ce jugement fut confirmé en appel, malgré l'énergique dissentiment du juge Aylwin.

253. Ces deux jugements, il faut l'avouer, blessent les principes

les mieux établis de notre droit sur le sujet des mariages contractés à l'étranger. Ces principes, en ce qui intéresse l'espèce dont il s'agit, sont, disons-le sans crainte de se repéter ; 1o. que le mariage des domiciliés dans le Bas-Canada contracté à l'étranger, reste soumis dans ses conditions habilitantes, en d'autres termes, sous le rapport de la capacité de le contracter, aux lois du Bas-Canada, c'est-à-dire au statut personnel des conjoints, et qu'un mariage qui serait nul à cause d'empêchements dirimants, s'il était célébré dans le Bas-Canada, (à part l'empêchement de clandestinité provenant de ce qu'il n'a pas été contracté devant le propre curé des conjoints, empêchement qui comme nous l'avons vu, n'affecte pas toujours au civil, le mariage célébré en pays étranger), le sera également s'il l'était dans un pays étranger. En effet, peut-on rien imaginer de moins juridique et de plus contraire aux saines maximes de la raison, qu'une doctrine, qui irait à dire, que deux personnes qui ne peuvent s'épouser valablement dans leur pays, conquéreront cette liberté en traversant la frontière et iront avec succès demander à une loi étrangère, une sanction que leur propre loi refuse à leur union ? C'est cependant ce qu'ont décidé les deux jugements, en jugeant que le premier mariage des époux Languedoc avait été soumis aux lois des Etats-Unis, parce qu'il y avait été célébré ; que d'après ces lois, le mariage n'étant frappé d'aucun empêchement, devait être considéré comme valable ici.

2o. Et qu'en ce qui regarde la forme de la célébration, c'est-à-dire la cérémonie du mariage, deux domiciliés dans le Bas-Canada ne peuvent se marier à l'étranger, suivant la forme ou la solennité de la loi du lieu, que quand ils ne s'y soit pas rendus dans le but de se soustraire à la forme ou solennité exigée par la loi de leur pays. Deux personnes qui pour se soustraire à cette obligation iraient se marier aux Etats-Unis n'y pourraient pas contracter un mariage valable. Il y aurait fraude expresse à la loi. Les jugements critiqués ont jugé le contraire.

254. Je n'ai jusqu'ici signalé les erreurs de ces jugements, que sur les points qui se rapportent au sujet particulier du mariage

contracté à l'étranger. Il serait facile d'en trouver d'autres. Un juge a nié que la règle obligeant les Catholiques dans le Bas-Canada, à contracter mariage devant le curé de leur paroisse, règle qui dit-il, était dans l'ancien droit français, fondée sur l'union de l'Eglise et de l'Etat, soit en force en ce pays. Un autre a nié que le défaut de consentement paternel ou tutélaire invalide le mariage du mineur quant aux effets civils. Un troisième a soutenu que la nullité résultant de la clandestinité, comme celle dont il s'agit, si elle existait dans l'espèce, est une nullité relative, en ce que les conjoints ne pourraient l'invoquer, pendant que les auteurs enseignent qu'une nullité de ce genre est absolue, et que tous les intéressés peuvent en prendre avantage.

255. En reprenant l'explication de l'article 135, interrompu par cette digression, une question se présente sur la valeur d'un mariage contracté à l'étranger, non pour en éluder les empêchements, mais pour en dérober l'inconvenance, le ridicule, ou les inégalités au public ou se soustraire aux conseils de la prudence, à la voix de l'amitié ou aux remontrances paternelles. Nous voulons parler ici des mésalliances. Les auteurs n'ont pas oublié cet aperçu du sujet, et en traitent incidemment.

On pourrait dire que la loi dont parle l'article comme pouvant être l'objet de la fraude, est une loi positive et non une loi de morale, d'honneur ou de convenance, et que l'évasion à cette dernière loi, ne peut produire de conséquences légales Cependant si un mariage mal assorti, contracté à l'étranger avec l'intention qui vient d'être signalée, était en outre frappé de quelque empêchement prohibitif, insuffisant par lui-même pour induire l'intention de frauder, ou s'il s'élevait du doute sur cette intention, les circonstances tirées de l'inconvenance du mariage ne seraient pas sans exercer leur influence sur l'examen de la question de fraude, et lui imprimer des présomptions défavorables. (1)

(1) Dans un plaidoyer rapporté au Répertoire de Merlin, Vo. mariage, vol. 8 page 58, l'Avocat Général Joly de Fleury s'exprime ainsi : " Cependant tout cela n'est que présomption ; et se déterminera-t-on à présumer " la fraude à moins qu'on ne voie que les personnes n'ont eu un grand

Nous avons dit plus haut, qu'en fixant son domicile en pays étranger, le Bas-Canadien devient soumis aux lois de mariage du pays de son nouveau domicile. Cette maxime incontestable sous l'ancien droit français, comme sous le nôtre, est reconnue par le Code Napoléon, avec cette distinction déjà plusieurs fois signalée, qu'un changement seul de nationalité délie le Français des lois du mariage, comme des autres statuts personnels, fixant son état, sa condition et sa capacité dans sa patrie et le soumet seul aux lois du pays où il est allé demeurer, quelque longue que soit la résidence qu'il y fasse et quelque bien établi qu'y soit son domicile.

256. Sous le Code Canadien, comme dans l'ancienne jurisprudence française, la question de qualité de ce domicile se soulève. Par quelles lois sera jugée la suffisance de ce domicile? Sera-ce par la loi du Bas-Canada, c'est-à-dire de l'ancien domicile, ou par la loi du nouveau ou concurremment par les deux lois? La réponse doit se trouver dans la raison qui a fait admettre le principe. Le national qui va s'établir en pays étranger, abdique les droits personnels que lui garantissait la loi du pays qu'il abandonne. Mais comme partout, le droit est corrélatif du devoir, son émigration le délie des obligations que cette loi lui impose. C'est à la loi du pays où il transporte son domicile, qu'il va demander la sauvegarde de son état civil, en lui promettant obéissance. Par le fait de ce changement de domicile, il y a pour ainsi dire subrogation d'une loi à une autre, de la loi ancienne au profit de la loi nouvelle. Mais, comme la cause de cette transmutation, est la substitution d'un domicile à un autre, il suit que l'abandon du premier domicile n'est pas suffisant, mais qu'il faut encore l'acquisition du second, pour que le pays abandonné transporte l'empire de ses lois, *imperium legis*, sur celui qui le quitte, au pays où il va s'établir. Pour atteindre cet objet, le concours des conditions requises par la loi des deux pays, pour établir un domicile, est donc nécessaire.

" intérêt à la commettre? C'est ici le lieu de faire valoir les considérations
" de l'indécence de l'alliance; elles seraient impuissantes par elles-mêmes
" pour opérer la dissolution du mariage, mais elles sont d'un grand poids
" pour prouver la fraude."

Ainsi, la loi du Bas-Canada, reconnait sans égard à aucune durée du séjour, le changement de domicile d'un individu, au seul fait d'une habitation réelle, dans un autre lieu, avec l'intention d'y faire son principal établissement. (Art. 80.) Supposons qu'un Bas-Canadien transporte avec habitation réelle, son principal établissement dans un pays, où un séjour de six mois est nécessaire pour constituer un domicile. Avant l'expiration de ces six mois de séjour, par quelles lois sera régi le mariage de ce Bas-Canadien ? Quant à la forme de célébration ou à la solennité de ce mariage, nul doute que ce ne soit par la loi du nouveau pays, car la simple habitation soumet le mariage à la forme du pays étranger, mais ce n'est pas là la question ; il s'agit ici des lois qui régissent la capacité de contracter mariage. Ce sera incontestablement par les lois du Bas-Canada, qui ne peuvent avoir perdu leur empire sur lui, que du moment où celles d'un autre pays l'auraient acquis, et ici la loi Bas-Canadienne a conservé toute son autorité.

257. Si ce mariage n'est pas régi par la loi Bas-Canadienne, par quelle loi le sera-t-il ? Ce ne pourrait être par celle du pays nouveau, où il n'a pas de domicile. Or comme dans tous les pays civilement et politiquement organisés, le mariage d'un individu doit être sous le contrôle d'une loi quelconque, il faut bien dire, que de nécessité, ce sera sous celui de la loi du pays où il a eu son dernier domicile, quoiqu'il l'ait abandonné. Il sera alors, par rapport au mariage, dans la position d'un homme, qui ayant quitté son domicile, meurt en route pour un autre lieu où il va s'établir et dont la suscession s'ouvre sous l'empire de la loi de son ancien domicile.

Ce cas particulier, et en général, la règle qui attribue la validité du mariage contracté en pays étranger, à la loi du domicile des conjoints produit des inconvénients ; nous le reconnaissons.

Un de ces inconvénients, est, au cas où la loi du domicile diffère de celle du lieu du contrat, *lex loci contractûs*, de soumettre le mariage à une loi étrangère et inconnue au pays où il se contracte ; mettant par là en danger, la validité du

mariage des étrangers avec les nationaux. Un autre inconvénient de cette règle, mise en contraste avec celle des pays, qui, absolument et sans distinction, soumettent pour le fond comme pour la forme, tous les mariages à la loi du pays où ils se célèbrent, et qui tiennent pour maxime, que le mariage valida suivant les lois de l'endroit où il se contracte, doit être tenu pour valable partout, consiste dans la reconnaissance qui peut être faite d'un tel mariage, disons en Angleterre et dans la plupart des Etats-Unis qui professent cette maxime, (1) et

(1) Story.—On the Conflict of Laws chapter 4, § 79.

" In respect to contracts of marriage, the English decisions have established the rule, that a foreign mariage valid according to the law of the place, where celebrated, is good every where else."

See Ryan *vs.* Ryan, 2 Phill Ecc. Rep. 332; Herbert *vs.* Herbert, 3 Phil. Ecc. Rep. 58; S. C., 2 Hagg. Ecc. Rep. 263, 271.

Idem § 80.

" In another case, where two British subjects, being minors, and in France, solely for the purposes of Education, intermarried, it was held by the Court, that the marriage being void by the law of France was a mere nullity. The Court, (Sir Edward Simpion) said : " The question before me is not, whether english subjects are bound by the law of France; for undoubtedly no law or statute in France can bind subjects of England, who are not under its authority. Now is the consequence of pronouncing for or against the marriage with respect to civil rights in England to be considered in determining this case ? The only question before me is, wether this be a good or bad marriage by the law of England. On this point I apprehend that it is for the law of this Country to take notice of the laws of France, or of any foreign Country in determing upon marriages of this kind; and I am inclined to think it is not good. The question being in substance, wether by the law of this country marriage contracts are not to be deemed good or bad according to the laws of the country, in which they are formed, and wether they are not to be constructed by that law. If such be the law of this Country, the rights of English subject can not be said to be determined by the laws of France, but by those of their own Country, which sanction or adopt this rule of decision. By the general law all parties contracting gain a forum in the place, where the contract is intered into. All our books lay down this rule for law."

" It is neadless at present to mention more than one. Gayll, (Lib. 2, obs. 123) say : *In contractibus locus contractûs considerandus sit. Quoties enim statutum principaliter habilitat, vel inhabilitat contractum quoad solemnitates, semper addititur locus, in quo talis contractus celebratur, et*

dans son rejet en France ou dans le Bas-Canada. La même anomalie peut se rencontrer dans des mariages contractés valablement par des Bas-Canadiens, dans le reste des Provinces de la Confédération et non reconnus dans le Bas-Canada.

Ce sont ces inconvénients qui font préférer aux auteurs et publicistes anglais et américains, leur règle à la nôtre, qui est pourtant celle de la plupart des pays du Continent Européen, régis par le droit civil et dont la vaste majorité des auteurs répudient la loi anglaise et américaine. C'est sur cette dernière loi, qu'ont été basés les jugements dans la cause de Languedoc v. Laviolette. Ces jugements rendus en Angleterre ou aux Etats-Unis, seraient excellents pour le fonds de la question, car en ce cas même nous ne pourrions en admettre le raisonne-

obligat etiam non subditum. And again (Lib. 2, obs. 36.) *Quis forum in loco contractûs sortitur, si ibi loci, ubi contraxit reperiatur, non tamen ratione contractûs, aut ratione rei, quis subditus dicitur illius loci, ubi contraxit, aut res sita est, quià aliud est forum sortiri, et aliud subditum esse. Constat unumquemque subjici jurisdictioni judicis in eo loco in quo contraxit.* This is according to the text law, and the opinion of Donellus and other commentators. There can be no doubt, then, that both the parties in this case obtained a forum, by virtue of the contract in France. By entering into the marriage there, they subjected themselves to have the validity of it determined by the laws of that country." And he afterwards proceeded to add: " This doctrine of trying contracts, especially those of marriage, according to the laws of the Country, where they were made, is conformable to what is laid down in our books, what is practised in all civilized countries, and what is agreable to the law of nations, which is the law of every particular country, and taken notice of as such."

Scrimshire *vs.* Scrimshire, 2 Hagg. Consist. Rep. p. 412.

Idem p. 80.

" So that in cases of this kind *the matter of domicil makes no sort of difference in determing them;* because the inconvenience to society and the public in general is the same, wether the parties contracting are domiciled or not. Neither does it make any difference, wether the case be that of contract or marriage; for if both countries do not observe the same law, the conveniences to society must be the same in both cases. And as it is of consequence to the subjects of both countries, and to all nations, that there should be one rule of determing in all nations on contracts of this kind, it is to be presumed, that all nations consent to determine on this contracts, by the laws of the country, where they are made; and such a

ment, mais prononcés dans le Bas-Canada, ils pèchent radicalement contre ses lois.

258. Au reste, si notre règle a ses inconvénients pratiques, elle se recommande par sa prééminence théorique. Elle a l'avantage de prémunir le mariage contre la fraude et la clandestinité, d'assurer le repos des familles, et de protéger la société dans une de ses plus chères institutions. En la retranchant de notre droit, nous en briserions l'harmonie, en ce que continuant à faire régir par nos lois le reste de l'Etat Civil, nous abandonnerions le mariage qui en est la source, aux incertitudes et aux fluctuations des lois étrangères !

D'ailleurs, est-il certain que la règle contraire consistant à soumettre la validité du mariage contracté hors du territoire, aux lois étrangères, n'engendrerait pas plus d'abus que la nôtre ?

rule would prevent all the inconveniences that must necessarely arise from judging by different laws, and is attended by no manner of inconvenience, but it is for the advantage of the subjects of all nations."

La même doctrine que le mariage est sujet à la loi du lieu où il a été contracté a prévalu en Angleterre, dans un grand nombre d'autres causes.

Voyez l'opinion de Lord Meadowbank. rapportée dans Ferguson, on Marriage and Divorce, Appendix, p. 361, 362.

Vardill, 5 B. and Cresw. 438, 452, 453.

Dalrimple *vs.* Dalrimple, 2 Hagg. Ensist. Rep. 54.

Story, on conflict by law § 89 : In the American Courts, the doctrine, as to capacity or incapacity to marry, has been held to depend generally on the law of the place, where the marriage is celebrated, and not on that of the place of domicil of the parties. An exception would doubtless be applied to cases of incest or polygamy. But in affirmance of the general principle, it has been held that it a person, divorced from his first wife, is rendered by the law of the place of the divorce incapable of contracting a second marriage, still if he contracts marriage in another state, where the same disability does not exist, the marriage will be held valid. And a marriage celebrated in a foreign state to evade the law of domicil, is on the same account held valid.

Vide 2 Kent, Comm. 91 à 93.

Id. 458, 459.

Putman *vs.* Putman, 8 Pick. 433.

West Cambridge *vs.* Levington, 1 Pick. 504.

DeCouche *vs.* Savatier, 3 John, Ch. Rip. 190.

Cette dernière a pour résultat de soumettre tous les mariages aux lois du pays des contractants. Pour juger les causes matrimoniales de leurs sujets naturels, les tribunaux n'ont qu'à consulter leurs lois propres.

Dans l'autre système, pour décider les mêmes controverses, il faut leur appliquer autant de lois étrangères, qu'il y a eu de mariages étrangers. Si sous l'empire de l'autre système, le mariage d'un français tenu pour légitime à Londres, parce qu'il y a été contracté suivant les lois anglaises, peut être un concubinage à Paris, parce qu'il y a péché contre les lois françaises, et si ce mariage anglais peut être suivi d'un mariage français sous la sanction des lois françaises, couvrant ainsi de l'apparence de la légitimité, l'une et l'autre de ces unions, à combien de mécomptes aussi et plus graves peut exposer la règle qui a pour résultat de faire juger la validité du mariage des nationaux par des lois inconnues ? Combien de mariages cassés et suivis de mariages subséquents, qui auraient dû être maintenus et *vice versâ !* Que de désordre et que de confusion ne pouraient pas résulter d'un pareil système ? En droit international chaque règle a ses inconvénients inévitables et ses abus. Celle du Code Canadien a les siens sans doute, mais elle a pour elle le suffrage de la raison, les traditions du Droit Civil et le mérite de l'uniformité.

259. Le mariage contracté à l'étranger par deux personnes domiciliées dans le Bas-Canada est sujet aux lois de leur domicile, mais celui d'une personne domiciliée dans le Bas-Canada, avec une personne étrangère, est soumis pour la personne étrangère, aux lois de son domicile, et les lois du Bas-Canada régissent la capacité de l'autre conjoint.

Les formes usitées par les lois ou l'usage des pays étrangers, quelqu'elles soient, doivent être rigoureusement suivies par les Bas-Canadiens, dans le cas où il leur est loisible de s'y marier et l'inobservance de ces formes a le même effet qu'elle produirait dans le pays étranger.

260. Nous ajournons au chapitre quatrième "des nullités de mariage" l'opération pratique des principes ci haut sur les mariages à l'étranger.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

ARTICLE 136.

Le droit de former opposition à la célébration du mariage, appartient à la personne engagée par mariage, avec l'une des deux parties contractantes.

SOMMAIRE.

261. Dans les chapitres précédents le Code a prescrit au fonds et à la forme les conditions de licité et de validité du mariage. Il lui restait à sanctionner ces dispositions. C'est ce qu'il a fait par les chapitres trois et quatre de ce titre. En cela il a imité le Code Napoléon.

262. Le Code Canadien a été sous le rapport des personnes qui peuvent faire opposition à un mariage encore plus exclusif que le Code Napoléon.

263. L'article 136 accordant à l'époux abandonné le droit de s'opposer au mariage contemplé par l'autre conjoint, est la reproduction de l'article 172 du Code Napoléon. Retour à ce qui a été dit sur l'indissolubilité du mariage. Défaut de valeur du divorce, au regard de l'époux divorcé qui voudrait s'opposer à un second mariage.

COMMENTAIRE.

261. Dans le chapitre premier, le Code a établi les empêchements de mariage. Dans le second il a prescrit les formes dans lesquelles il doit être célébré. Il a donc statué au fonds et à la forme, sur les conditions de validité et de licité du mariage, Il lui restait à prononcer une sanction aux dispositions de ces deux chapitres. C'est ce qu'il a fait par les chapitres trois et quatre, qui vont nous occuper. Nous commencerons par le troisième.

La sanction naturelle de tout contrat, est la nullité que la loi commune prononce pour le cas de son inexécution, et il en est de même du cas de non accomplissement des conditions qui sont de son essence, comme les empêchements dirimants en matière de mariage. Dans ce cas, la nullité s'impose d'elle

même, et le Code l'a proclamée par le chapitre quatre, qui traite des demandes en nullité de mariage. Mais la demande en nullité suppose un mariage déjà accompli ; elle rompt des liens formés, sépare les familles, deshérite les enfants, jette la perturbation dans la société, constitue en un mot, un remède souvent pire que le mal, et en y recourant pour éviter un désordre, on en cause souvent un plus grand.

Il appartenait donc au législateur comme à un médecin prudent, de chercher à prévenir le mal avant de le guérir ; c'est ce qu'a fait la loi, en permettant les oppositions à la célébration du mariage. Dans l'ancien Droit français, ces oppositions étaient permises, comme elles le sont encore dans le nouveau, mais il n'existait aucune règle fixe, sur la qualité des personnes qui pouvaient former ces oppositions et sur les causes pour lesquelles elles pouvaient se porter opposantes Tout paraissait dépendre des usages et de la jurisprudence des Cours, souvent de la discrétion des magistrats.

Le Code Napoléon a organisé la matière en un système régulier, précis et rigoureux. Il n'a permis qu'à une personne engagée dans les liens du mariage avec celle qui veut en contracter un nouveau et aux ascendants, l'opposition au mariage d'un majeur jouissant de sa raisou et il a limité l'opposition des collatéraux, à défaut d'ascendants, au cas de démence et de minorité.

262. Le Code Canadien a été plus exclusif encore, et pour un, je crois qu'on peut lui reprocher sa sévérité. Les oppositions au mariage avaient sans doute créé des abus, et nous avons vu un statut dont nous avons fait voir l'excellence sur l'article 62, qui reproduit cette disposition, retrancher l'opposition pour simple promesse de mariage. (1) Mais ces abus justifiaient-ils

(1) C'est à un abus semblable que le Parlement de Paris eut à remédier par un arrêt de règlement du 28 avril 1778, dont Merlin, Rép. Vo. Opposition au mariage, § III, note 8, page 711, parle en ces termes : " Il s'était introduit en divers endroits un abus qui consistait à former opposition à la célébration du mariage, et à interjeter appel comme d'abus des publications de bans sous prétexte d'intérêts civils ou de promesses verbales de mariage : le parlement de Paris a rendu à cet égard, le 28 avril 1778, un arrêt qui a fait défense à toutes personnes, excepté aux pères, mères,

les Codificateurs de ne sanctionner l'opposition au mariage du majeur *compos mentis*, que dans le cas d'un mariage préexistant, et de limiter les autres oppositions aux mariages des mineurs et des majeurs en démence? Nous venons de le dire, l'opposition au mariage est une procédure d'une haute utilité. Dans bien des cas, elle offre à la société le seul moyen de se prémunir contre des mariage abusifs et contractés au mépris des lois les plus tutélaires; elle sauvegarde l'honneur menacé des familles et protége la bonne foi des époux eux-mêmes. Elle prévient la nécessité de réparer par la demande en nullité, un mal, qui, à cause des effets nuisibles du remède même, reste souvent irréparable ou de réveiller en le couvrant d'une réhabilitation, tardive mais nécessaire, l'éclat d'un scandale assoupi, et d'assurer l'honnêteté future du mariage, en proclamant la honte de son passé.

Voilà sans doute autant de raisons qu'il en fallait aux Codificateurs pour faire à l'opposition au mariage, une large part de prévoyance, et on éprouve malgré soi, la tentation de leur reprocher d'avoir ouvert la porte aux abus qu'ils n'ont pas prévus, en la fermant à ceux qu'ils ont redoutés. (1)

tuteurs et curateurs, frères et sœurs, oncles et tantes, de former oppositions aux mariages, soit des mineurs, soit des majeurs, ni d'interjeter appel comme d'abus des publications de bans, sous quelque prétexte que ce puisse être, à moins que ce ne soit pour empêchement dirimant, auxquels cas les causes en seront déduites dans les exploits d'opposition ou d'appel comme d'abus, sous peine de 300 livres d'amende, même d'être poursuivi extraordinairement suivant l'exigence des cas ; fait pareillement défense à tous huissiers de prêter leur ministère pour de semblables oppositions et appels comme d'abus, sous les mêmes peines, et même d'interdiction, au défaut par eux de déduire dans les exploits qu'ils signifieront les causes d'opposition ou d'appel comme d'abus."

(1) Toullier, Vo. Mariage, vol. 1, No. 581.

" On avait abusé dans l'ancienne jurisprudence du droit de former opposition aux mariages. Beaucoup d'oppositions avaient été dictées par la vanité, l'ambition ou l'avarice!"

" Le souvenir de ces abus a influé sur les dispositions du Code à ce sujet. Si le droit de former opposition aux mariages était autrefois trop étendu, il est aujourd'hui extrêmement resserré."

Duranton, vol. 2, du Mariage, No. 192.

263. Cet article 136 qui est la répétition de l'article 172 du Code Napoléon,contient une disposition bien naturelle. En effet, quoi de plus raisonnable, que de permettre à l'époux engagé dans les liens du mariage encore existant, avec celui qui veut en contracter un second, de revendiquer ses droits et d'em pêcher la consommation de sa ruine !

Ce droit d'opposition s'impose avec tant d'autorité, qu'on l'admettrait sans texte positif. Ce cas d'un mari ou d'une femme, s'opposant au mariage de l'autre époux, sera sans doute d'une rare occurrence. Cependant on le conçoit facilement, par rapport aux étrangers au pays, et aux mariages séparés par une absence, dont la longue durée peut faire croire à la

" Ces principes ont été appliqués par la Cour de Cassation à un cas qui a pu faire naître dans de bons esprits le regret que la loi n'ait pas plus étendu le droit d'opposition, du moins dans la personne des ascendants. La Cour de Bourges par son arrêt du 30 mars 1813 (Sirey, 1813, 2, 169,) avait maintenu celle formée par un père au mariage de sa fille, qui avait été séduite par un domestique, forçat libéré. Mais cet arrêt dénoncé à la Cour Supérieure, a été cassé le 7 novembre 1814 (Sirey, 181ç, 1, 245), pour les motifs qu'il tendait à prolonger l'autorité paternelle, relativement au mariage, au-delà de l'époque déterminée par la loi ; qu'il ouvrait la porte à l'arbitraire, et qu'il créait ainsi un empêchement. En principe, nul doute que l'arrêt de la Cour de Bourges, quoique très-moral sur l'espèce dans lequel il est intervenu, ne violât la loi ; par conséquent, il devait être cassé. En cela, nous différons d'opinion avec M. Delvincourt, mais nous pensons comme lui, qu'il y a lieu de regretter que le droit d'opposition n'ait pas été plus étendu dans la personne des ascendants, lorsqu'ils auraient comme dans l'espèce, à faire valoir de graves motifs, dont au surplus, les tribuuaux seraient les appréciateurs."

Demolombe, Du Mariage, vol. 1 (vol. 3 de l'ouvrage.), p. 223, No. 136.

" C'est pour ce motif que le Code Napoléon n'a pas voulu que la faculté d'opposition dégénérât en action populaire (Portalis), et que plus positif et plus précis que notre ancien droit (Pothier, No. 82 ; Merlin, *Rep.*, t. VIII, Vo. *Opposition à mariage*, No. 3), il a déterminé tout à la fois pour quelles raisons et par quelles personnes et pour quelles causes les oppositions pourraient être formées. Préoccupé des anciens abus, n'a-t-il pas afin d'en prévenir le retour, resserré au contraire dans des limites trop étroites le droit d'opposition ? Ce n'est pas sans quelque raison peut-être qu'on l'en a généralement accusé.

Junge, Vazeille, t. 1, Nos. 165 et 168.

mort de l'absent. Il est clair que la cause unique pour laquelle l'opposition peut être faite en ce cas, est le premier mariage, et que nul autre empêchement ne formerait un moyen légitime.

D'après ce que nous avons dit sur l'indissolubilité du mariage, un divorce obtenu à l'étranger ou par une loi fédérale, rompant un mariage contracté en ce pays, n'empêcherait pas l'opposition d'un des époux divorcés de s'opposer au second mariage de son conjoint. Il en serait ainsi du mariage de deux personnes domiciliées dans le Bas-Canada, qui se seraient mariées à l'étranger, et dont le mariage aurait été soumis aux lois du Bas-Canada.

La même chose ne pourrait-elle pas se dire d'un mariage contracté dans un pays où le divorce est reconnu, et qui aurait été dissous de cette manière, en pays étranger ou par loi fédérale ? L'époux ainsi divorcé qui voudrait s'opposer au mariage que son conjoint voudrait contracter ici, devrait-il être écouté dans sa demande, malgré la raison que nos lois n'ont jamais eu d'empire sur ce mariage. Le fait du domicile actuel dans le Bas-Canada de l'un ou des deux époux serait-il sans importance ? (1)

Il n'est pas besoin de dire, que la femme séparée de corps de son mari, peut s'opposer au mariage de ce dernier, comme il le pourrait lui-même, si sa femme voulait passer à d'autres noces.

ARTICLE 137.

Le père et à défaut du père, la mère, peut former opposition au mariage de son enfant mineur.

SOMMAIRE.

264. Bien que le père et la mère d'un enfant mineur qui veut se marier soient tous deux vivants, le père seul peut faire opposition à son mariage. Raisons de cette interprétation rigoureuse de l'article 137.

265. Suite de la matière du précédent paragraphe.

COMMENTAIRE.

264. Si le père et la mère d'un enfant mineur qui veut se marier sont vivants, il est clair qu'à la manière dont est rédigé

(1) Nous ajournons à plus tard la solution de cette question qui est susceptible d'une distinction.

cet article, le père seul peut faire opposition à son mariage ; la mère ne le peut qu'à défaut du père. Ainsi, si le père ne veut pas se porter opposant, la mère serait sans qualité pour le faire. En vain on argumenterait de l'article 119, qui oblige les enfants mineurs à obtenir le consentement de leur père et de leur mère. La loi peut avoir voulu, que le fils mineur demande le consentement de sa mère aussi bien que celui de son père, et elle peut avoir eu de très-bonnes raisons pour cela. Le père est le chef de la famille, et en cas de dissentiment entre la mère et lui sur le mariage de leurs enfants mineurs, c'est virtuellement son opinion qui prévaut, ou plutôt son consentement seul suffit. En cas de désaccord sur ce point entre les époux, l'avis de la mère est écarté. On demandera peut-être, à quoi bon requérir le consentement de la mère, s'il n'a de valeur que quand elle est du même sentiment que son mari, et si l'opinion de la femme est de si peu de poids, que même dans le cas où les deux auraient dans le principe refusé leur consentement, si le mari consent ensuite, ou que même sans consentir, il ne veuille pas s'opposer au mariage de l'enfant qui persiste dans sa résolution de le contracter, elle ne puisse pas faire valoir son avis en justice ? La réponse est, qu'en obligeant l'enfant mineur à demander le consentement de sa mère, aussi bien que celui de son père, la loi ne l'a astreint qu'à un devoir de révérence filiale également due aux auteurs de ses jours ; que dans la délibération entre les époux, la mère n'a d'autorité que celle de la persuasion sur son mari, auquel elle peut s'efforcer de faire partager ses vues, sans pouvoir les lui imposer, et sans que son droit de délibération puisse franchir le seuil domestique ; encore moins revêtir le caractère d'une opposition en justice. Cette dernière considération à ellee seul serait suffisante pour exclure l'idée de la compétence de la mère, à faire seule et contre le gré de son mari, une opposition qui peut dégénérer en procès.

Il est même fort douteux, que d'après les termes de l'article, qui ne permet à la mère de former opposition qu'à défaut du père, elle puisse se joindre à ce dernier dans l'instance La chose serait au surplus inutile.

265. A interpréter l'article dans son sens littéral et rigoureux, les termes " à défaut de père " qui s'y trouvent, voudraient dire au cas de la mort du père. Telle est leur interprétation ordinaire. Cependant ce serait méconnaître l'esprit de l'article et en tronquer le sens, que de l'enfermer dans une signification aussi restreinte. L'article 120 porte, que si l'un des deux (du père ou de la mère) est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit pour valider le mariage de l'enfant mineur. Nous avons vu sur cet article, que la démence, l'absence du père et les autres causes que nous y avons signalées et qui rendent impossible la manifestation de la volonté du père, rendent nécessaire le consentement de la mère. Pourquoi dans ces circonstances, la mère dont le consentement a remplacé celui du père et dont elle possède toute l'autorité, n'aurait-elle pas le droit de s'opposer au mariage du fils, qui en se mariant sans son consentement, méprise cette autorité ? Refuser d'étendre l'article 137 à ces cas, serait lui refuser sa sanction.

Il est évident que la cause d'opposition contemplée par cet article, est le défaut de consentement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs, puisqu'il limite leur droit d'opposition au cas unique de la minorité. De fait le père ou la mère en formulant leur opposition, n'ont point besoin d'invoquer d'autre raison que leur défaut de consentement. Ce refus est péremptoire et n'a pas besoin de s'étayer d'autres motifs. *Sit pro ratione voluntas ?* Pourtant comme le défaut de consentement ne dirime le mariage que pour les effets civils, et n'empêche pas le sacrement, il pourrait se trouver des cas où il serait utile d'ajouter les autres empêchements, dont le mariage pourrait être affecté.

La question est de savoir si sous notre article, ces moyens supplémentaires seraient recevables. L'article établissant le droit d'opposition sans le restreindre, est censé l'avoir admis pour toutes les causes légitimes qui peuvent faire obstacle au mariage, empêchements prohibitifs comme empêchements dirimants.

ARTICLE 138.

A défaut de père et de mère, le tuteur ou, au cas d'émancipation, le curateur, peut aussi faire opposition au mariage de son pupille ; mais le tribunal auquel elle est soumise, ne peut statuer sur cette opposition, qu'après avoir pris l'avis du conseil de famille, dont il doit ordonner la convocation.

SOMMAIRE.

266. Si le père et la mère du mineur sont morts tous deux, les tuteur et curateur peuvent former opposition.

267. Le présent article 138 disant que les tuteurs et curateurs peuvent faire opposition, semble leur en laisser la faculté sans leur en imposer le devoir. Ce devoir existe pourtant. Raisons de cette opinion.

COMMENTAIRE.

266. S'il n'y a ni père ni mère...c'est-à-dire si tous deux sont morts, le tuteur au mineur, le curateur à l'émancipé, peuvent aussi faire opposition. Ce droit se limite-t-il au cas de la mort des père et mère, ou s'étend-t-il comme dans le cas de l'article précédent, aux cas où les père et mère sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Il y a entre les deux hypothèses, parité de raisonnement, comme il y a parité de dispositions, entre l'article 120 qui dans le cas de l'incapacité du père transfère son autorité à la mère et l'article 122 qui dit : " S'il n'y a ni père ni mère, ou s'ils se trouvent tous deux dans " l'impossibilité de manifester leur volonté, les mineurs pour " contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leur " tuteur ou curateur au cas d'émancipation." Pourquoi dans cette dernière hypothèse, le tuteur ou le curateur en possession de l'autorité paternelle, comme dans le cas de mort des père et mère, ne maintiendraient-ils pas cette autorité par une opposition au mariage ? C'est encore là une sanction nécessaire, et si dans les articles 137 et 138, la disposition des articles 120 et 122, n'a pas été répétée, ce silence doit être attribué à un oubli du législateur ou à sa persuasion que la chose s'entendrait d'elle-même.

L'article ajoute, qu'avant de statuer sur cette opposition, le tribunal doit ordonner la convocation du conseil de famille, dont il doit prendre l'avis. Cette convocation doit se faire avec les formalités que nous avons énoncées sur l'article 82, pour la nomination du curateur à l'absent, et le juge a, sur cet avis, le même pouvoir discrétionnaire de le suivre ou de le rejeter.

Si avant de refuser leur consentement au mariage, le tuteur ou le curateur avaient déjà pris l'avis du conseil de famille, cette délibération dispenserait-elle le juge d'en ordonner une seconde ? La lettre impérieuse de l'article qui ne fait pas de distinction, se refuse à cet accommodement. Ce que l'article veut, c'est une délibération du conseil de famille devant le juge chargé de juger l'opposition et l'avis des parents donné dans l'instance même, pour servir aux fins de l'opposition.

267. L'article disant, que les tuteurs et curateurs peuvent faire opposition, semble leur en laisser la faculté sans leur en imposer le devoir. Ce devoir existe pourtant, et il est gravé si profondément dans la morale, que l'on reste surpris de ne pas le voir écrit dans la loi. Est-ce à dire toutefois, qu'il ne s'impose qu'à la conscience, et qu'il doive absolument et toujours rester sans sanction juridique, en ce sens, que le tuteur ou le curateur, qui par une faiblesse coupable, une négligence grossière ou pis encore, par une connivence frauduleuse, auraient omis de s'opposer à un mariage fatal au mineur, disons à une mésalliance, ne pourraient jamais être à raison de leur conduite blâmable, recherchés en justice ? Le tuteur surtout qui est chargé de la personne du mineur ? Supposons le mariage précédé d'un contrat ruineux pour le mineur. Prenons le cas plus extrême, d'un tuteur ou d'un curateur qui attire les biens du pupille dans sa famille, en lui permettant de contracter un mariage préjudiciable avec une de ses filles. L'on répondra à ce cas, que le consentement du tuteur doit en ce cas être précédé de l'avis du conseil de famille. Mais supposons que contrairement à cet avis, ou sans qu'il ait été demandé, il ait passé outre au mariage du mineur. Ce mariage sans l'avis de conseil de famille, d'après les articles 150 et 151 ne pourrait être attaqué que par les parents dont l'avis était requis et dans les

six mois de la connaissance qu'ils en auraient eue. Leur consentement exprès ou tacite créérait d'ailleurs contre la demande en nullité, une fin de non recevoir qui rendrait le grief irréparable. Est-ce que dans des cas si énormes de négligence et de fraude, un tuteur pourrait échapper à la responsabilité civile? J'augurerais mal d'un système de loi, qui laisserait impunie une aussi flagrante improbité !

Cet aperçu dont la solution appartient au chapitre des obligations du tuteur et du curateur, n'est posé ici que pour imprimer une idée convenable de l'étendue de l'obligation de former opposition aux mariages abusifs des mineurs qui incombe à ceux qui sont chargés de veiller à leurs intérêts.

ARTICLE 139.

S'il n'y a ni père ni mère, ni tuteur ni curateur, ou si le tuteur a donné son consentement au mariage sans prendre l'avis du conseil de famille, les aïeuls et aïeules, l'oncle et la tante, le cousin et la cousine germains, majeurs, peuvent former opposition au mariage de leur parent mineur, mais seulement dans les deux cas suivants :

1o. Lorsque le conseil de famille, qui d'après l'article 132 aurait dû être consulté, ne l'a pas été.

2o. Lorsque le futur époux est en état de démence.

ARTICLE 140.

Lorsque l'opposition est faite dans les circonstances et par une des personnes énumérées en l'article précédent, si le futur époux mineur n'a ni tuteur ni curateur, l'opposant est tenu de lui en faire nommer un ; s'il a déjà un tuteur ou curateur, qui ait consenti au mariage sans consulter le conseil de famille, l'op-

posant doit lui faire nommer un tuteur *ad hoc ;* pour les tuteur, curateur au tuteur *ad hoc*, représenter les intérêts du mineur sur cette opposition.

SOMMAIRE.

268. Le sens de l'article 139 est que dans le cas où le mineur n'a ni père ni mère, qu'il soit ou non pourvu de tuteur ou de curateur, les ascendants et les collatéraux peuvent s'opposer à son mariage, si le conseil de famille n'a pas déjà donné une opinion favorable au mariage.
269. Il y aurait une autre opinion à émettre sur l'interprétation de cet article. Discussion.
270. Suite.
271. Suite.
272. L'article 140 ne veut pas qu'en cas d'opposition le mariage reste sans défense.
273. Omission de l'article 139.

COMMENTAIRE.

268. Le sens de l'article 139, est que dans le cas où le mineur n'a ni père ni mère, qu'il soit ou non pourvu de tuteur ou de curateur, les ascendants et les collatéraux peuvent s'opposer à son mariage, si le conseil de famille n'a pas déjà donné son avis favorable. On conçoit que dans le cas où la famille a approuvé le mariage, par une délibération régulière, soit que cette délibération ait été demandée par le tuteur ou le curateur, soit que, vû que le mineur n'ayant ni tuteur ni curateur, elle aurait été prise à la requête d'une autre personne, il ne serait pas convenable de permettre une opposition dont le sort, en définitive, devra dépendre de cette délibération.

A interpréter l'article littéralement, on serait cependant conduit à dire, que dans le cas où la délibération aurait été défavorable au mariage, les parents n'auraient pas le droit de s'y opposer, l'article subordonnant dans ses termes, cette faculté au seul cas où le conseil de famille n'a pas été consulté. La construction de la phrase justifie certainement cette conclusion. Ce sens étroit ne peut cependant pas être celui de l'article, et rendre l'intention de la loi. Ne serait-ce pas au

contraire, aller diamétralement contre cette intention, que d'accorder l'opposition quand le conseil de famille n'a pas été consulté, et de la refuser quand le résultat de cette consultation a été hostile au mariage ? Ce serait enlever à la famille toute son autorité sur le mariage du mineur, ou du moins en enlever le bénéfice au mineur.

269. Il y aurait une autre opinion à émettre sur l'interprétation de l'article, ce serait de faire reporter les mots qui se trouvent dans l'avant-dernière phrase sous le numéro 1, " Soit que " le conseil de famille qui d'après l'article 122 aurait dû être " consulté," à ceux qui les précèdent dans le corps de l'article, c'est-à-dire aux suivants : " ou si le tuteur ou curateur a donné " son consentement sans prendre l'avis du conseil de famille," et de voir dans la phrase de la fin, une confirmation du corps de l'article. Mais cette répétition constituerait un pléonasme trop plat, pour en faire accueillir la supposition. Il vaut mieux considérer l'article 122, auquel réfère la fin de l'article 139, comme consacrant indépendamment de la participation du tuteur, la proposition générale, que pour être valable, le mariage d'un mineur doit avoir été précédé de l'avis du conseil de famille, et l'interpréter comme s'il disait : " Dans tous les " cas, où le conseil de famille qui doit être consulté d'après " l'article 122, ne l'a pas été, soit qu'il n'y ait pas de tuteur ou " que ce dernier ne veuille pas s'occuper du mariage, comme " dans le cas où il a donné son consentement sans consulter " le conseil de famille, les parents peuvent s'opposer au " mariage."

Ce qui confirme cette interprétation, c'est que l'article 140 ajoute : " lorsque l'opposition est faite dans les circons- " tances et par une des personnes énumérées en l'article pré- " cédent, si le futur époux mineur n'a ni tuteur ni curateur, " l'opposant est tenu de lui en faire nommer un." L'opposition peut donc être faite dans le cas où le mineur n'a pas de tuteur, et quand le conseil de famille n'a pas été consulté, comme dans celui où il y a un tuteur qui a consenti au mariage, sans l'avoir consulté au préalable.

On insistera davantage et l'on demandera ; Admise votre

interprétation, de l'article 139, où trouvez vous que dans le cas où le conseil de famille s'est prononcé contre le mariage, l'article qui n'autorise l'opposition des parents, que quand il n'a pas été consulté, justifie leur intervention quand il l'a été, parce que le résultat aurait été défavorable au mariage ?

270. La réponse est celle-ci : Il est vrai que ce droit d'intervention n'est pas écrit dans le Code. Mais il ressort si forcément des principes qu'il a établis sur la subordination des enfants mineurs à l'autorité paternelle, pour leur mariage, et en cas de mort des père et mère, au conseil de famille, que ces principes ne peuvent recevoir d'application, si l'on refuse aux parents qui le composent, la faculté de faire valoir leur opposition au mariage, comme ils pourraient revendiquer leur droit à être consultés, de la manière prescrite en l'article 139. La loi qui crée un droit, est censée vouloir créer en même temps le recours propre à l'exercer et si elle ne le fait pas, l'on doit avoir recours à la procédure usitée dans des cas analogues. Le recours usité ici, est l'opposition. C'est donc à l'opposition, que doivent recourir les parents dont l'opinion est méprisée, et les tribunaux doivent suppléer au silence de l'article.

Les parents mentionnés dans cet article, ne peuvent-ils former leur opposition, qu'à défaut les uns des autres et dans l'ordre où ils sont nommés, ou peuvent-ils le former concurremment, c'est-à-dire les aïeuls et aïeules, l'oncle et la tante, le cousin germain et la cousine germaine peuvent-ils se joindre dans la même opposition ? Cette question dépend d'une autre qui est de savoir si la négligence, le refus ou l'impossibilité de faire opposition de la part des parents du degré le plus proche, confère graduellement à ceux des degrés subséquents et plus éloignés, le droit et la faculté d'agir à leur place ?

Pour répondre à cette question, je ferais une distinction entre la négligence ou l'impossibilité d'agir et le refus positif et tranché, et je dirais : si l'aïeul et ainsi de suite des autres parents, sont incapables d'agir pour une raison quelconque ou si leur inaction n'est due qu'à la négligence ou à l'incurie, j'admettrais le degré subséquent à intervenir. Si au contraire, ce même aïeul refuse de s'opposer, je ne reconnaîtrais pas le

degré subséquent. Ma raison serait celle-ci : La loi me parait avoir constitué le parent du degré le plus proche, en commençant par l'aïeul, juge de la convenance de l'opposition, et n'avoir conféré cette discrétion à ceux du degré subséquent, que dans le cas où il ne peut ou ne veut la faire. Son refus peut même être considéré comme une adhésion : et permettre l'opposition du degré suivant, serait virtuellement infirmer la décision du degré plus proche. Autre chose serait de la négligence ou de l'impossibilité d'agir. En ce cas, le degré subséquent, en mettant en demeure le parent le plus rapproché, devrait être admis à s'opposer au mariage. Ainsi l'oncle peut agir, si l'aïeul ne le fait pas et le cousin germain, au défaut des deux. Dans le cas d'inaction de l'aïeul et de refus caractérisé de l'oncle, le cousin germain devrait être repoussé, parce que la décision de l'oncle en ce cas, devrait être considérée comme celle de la famille.

271. La solution de la seconde question, réfléchissant sur la première, me parait devoir avoir pour résultat de faire admettre la jonction de tous les parents, ou *ad libitûm*, des parents de plusieurs degrés, dans l'opposition. Les parents des degrés subséquents, ayant été revêtus du droit éventuel de s'opposer au mariage, pendant la vie même des parents plus proches, la participation des parents suivants à l'instance, serait un fait auquel les plus proches parents auraient seuls droit de s'objecter. Il est bien entendu que cette jonction à l'instance en opposition, ne peut avoir lieu contre le consentement de ces derniers. Les aïeuls et aïeules, l'oncle et la tante, le cousin et la cousine germaine, sont les parents de ces divers degrés, appartenant aux deux lignes, lesquelles ont un droit égal à s'opposer au mariage de leur parent, toujours avec cette distinction, que les femmes ne peuvent s'opposer malgré leur mari, du moins sans autorité de justice, car l'opposition est un procédé judiciaire.

On dira peut-être, en cas de dissentiment entre les époux, disons entre les aïeuls, les oncle et tante, et le cousin et la cousine germains, comme pour le cas de l'article 119, ou en cas de dissentiment, le consentement du père suffit, le consen-

tement du mari doit être suffisant dans le cas prévu par l'article 139. Cette assimilation ne serait pas exacte, et la raison en est que la loi ne l'a pas faite. D'ailleurs, l'autorisation judiciaire étant exigée, le juge sera toujours l'appréciateur des raisons de la femme, pour ne pas suivre l'avis de son mari, et sera toujours le maître de refuser ou d'accorder cette autorisation. La raison pour laquelle on ne pourrait refuser à la femme, le droit abstrait de faire opposition, et subordonner ce droit au bon plaisir du mari, est que la loi le lui confère absolument, en disant les aïeuls et les *aïeules*, l'oncle et la *tante*, le cousin et la *cousine germains*. La faculté d'agir conférée suivant la règle plus haut énoncée, aux degrés subséquents, provenant de l'impossibilité ou de la négligence, doit s'appliquer aux deux lignes, en ce sens, qu'il n'y a que quand tous les parents du même degré dans les deux lignes s'abstiennent d'agir, que ce droit passe aux parents de l'une ou l'autre ligne dans les degrés suivants, et l'on doit dire la même chose du refus qui doit être partagé par tous les parents du degré, pour exclure les degrés suivants.

Il n'est pas besoin de répéter après l'article, que le droit d'opposition n'appartient qu'aux parents majeurs, et qu'il ne s'applique qu'au mariage des mineurs. La non consultation du conseil de famille ou son refus de consentir au mariage, et la démence du futur époux sont les deux seules causes d'opposition que l'article 139 sanctionne. L'article le dit expressément.

272. L'article 140 ne veut pas, que sur l'opposition, le mariage reste sans défense ; ce qui pourrait arriver à raison de la minorité du futur époux. Si ce dernier n'a ni tuteur, ni curateur, l'opposant est tenu de lui faire nommer ce tuteur, ou ce curateur, s'il est émancipé. Dans le cas où le mineur aurait été pourvu d'un tuteur ou curateur qui aurait consenti à son mariage, l'opposant doit lui faire nommer un tuteur *ad hoc ;* l'office du tuteur, curateur ou tuteur *ad hoc* ainsi nommés, étant de soutenir les intérêts du mineur. Comme pour le cas où le tuteur ou curateur ont consenti au mariage, sans consulter le conseil de famille, un tuteur *ad hoc* doit être nommé,

pour celui où le conseil de famille a été consulté et a refusé son consentement. Cette hypothèse s'ajoute d'elle-même à l'article 140, comme elle l'a fait à l'article 139. L'article 140 dit que les tuteurs et curateurs ainsi nommés, à défaut de tuteur ou curateur ordinaire, devront de même que le tuteur *ad hoc*, représenter les intérêts du mineur sur le mariage Mais il ne faut pas croire que les fonctions du tuteur ou curateur ainsi nommés, expirent comme celles du tuteur *ad hoc*, avec la procédure sur l'opposition. Si cette opposition est maintenue et que le mariage n'ait pas lieu, (au cas de rejet de l'opposition suivie du mariage, ce mariage ferait cesser leurs fonctions) le tuteur ou curateur conserveront cet office, qu'ils devront remplir de la même manière que s'ils avaient été nommés dans des circonstances ordinaires. Ces nominations se font de la manière ordinaire.

Parmi les parents dont il est question dans les deux articles, on ne doit pas compter les alliés, quoique ces derniers aient le droit de faire partie du conseil de famille. Si l'on demande pourquoi cette distinction? La réponse sera, parce que la loi ne l'a pas voulu ; qu'elle n'a pas reconnu chez les alliés, un sentiment d'affection ou d'intérêt assez fort pour les revêtir de ce devoir délicat, et qu'elle a préféré le confier aux parents d un degré plus éloigné, plutôt qu'aux alliés d'un degré plus rapproché. En dehors du degré de cousins germains, nul parent n'a droit de s'opposer au mariage, en vertu des articles 139 et 140.

273. Une singulière omission s'est glissée dans l'article 139 ! Les frères et sœurs ne sont pas mentionnés parmi les personnes qui ont droit de s'opposer au mariage du mineur. On y nomme les aïeuls, les oncles et tantes, les cousins et cousines germains, et on ne parle pas des frères et sœurs. Cependant le frère est en degré plus rapproché qu'aucun de ses parents. L'aïeul est au second degré en directe, l'oncle est du premier au second degré canonique en collatérale, le cousin germain est au second degré, pendant que le frère est au premier ; et suivant la computation civile, l'oncle est au troisième degré, le cousin germain au quatrième et le frère n'est qu'au second.

La question qui se présente est de savoir, si les frères et sœurs devront être admis, et dans quel rang ils devront l'être, à faire opposition ?

Sur la première question, il existe une trop grande parité de raison, pour ne pas suppléer à l'omission de la loi et ne pas les admettre. Quant à leur rang, il devra suivre l'ordre de la nature et ils devront être admis dans leur degré naturel. D'après l'ordre de la nature, c'est-à-dire la computation civile qui doit être ici suivie, car la computation canonique n'a été établie que pour les empêchements de mariage, le grand-père est avec ses petits-enfants, comme les frères sont entre eux, c'est-à-dire au second degré. J'admettrais ainsi les frères et sœurs, dans le même ordre que les grand-pères et grand'-mères et concurremment avec eux, à s'opposer au mariage de leurs frères et sœurs mineurs ; et je n'admettrais de dévolution de leur droit, en faveur des degrés subséquents, qu'en cas de négligence ou d'impossibilité d'agir, comme pour le cas des aïeuls, et le refus des frères et sœurs de s'opposer au mariage, devrait suivant moi, former une fin de non recevoir contre l'opposition des degrés subséquents.

L'article 139 ne parle que des aïeuls et aïeules, c'est-à-dire des grands-pères et des grand'-mères ; le texte anglais dit également *grand-fathers and grand-mothers*, ce qui exclut l'idée qu'il ait voulu admettre les ascendants d'un degré plus éloigné à faire opposition. On pourrait peut-être dire ici, qu'ils devaient être admis dans leurs degrés, c'est-à-dire au troisième degré civil, qui est leur degré, avec les oncles et les tantes, comme viennent de l'être les frères et les sœurs, et qu'à leur égard il y a également eu omission.

Cette assimilation serait forcée, car il n'y a pas dans les deux cas, d'analogie de raison. D'abord le cas de la co-existence du bisaïeul et de son arrière petit-fils pubère, est une éventualité bien rare, et son grand âge constitue, en cette matière une présomption d'incompétence, que sans faire injure à sa tendresse, la loi a pu ériger en cause d'exclusion. Ce n'est pas à dire que toujours et absolument, l'opposition du bisaïeul devrait être repoussée. Il me parait qu'à raison de circonstances

particulières, par exemple en cas d'abstention, d'absence ou d'impossibilité d'agir de tous les parents mentionnés en l'article 139, les tribunaux devraient avoir un pouvoir discrétionnaire de l'accueillir. En cette matière d'opposition au mariage, où le vœu de la loi doit être fondé sur celui de la nature, le pouvoir discrétionnaire des magistrats ne devrait s'arrêter que devant la disposition d'un texte positif.

ARTICLE 141.

Si le futur époux étant majeur est dans l'état de démence et non interdit, les personnes suivantes, peuvent dans l'ordre où elles sont mentionnées, faire opposition à son mariage :

1. Le père, et à son défaut, la mère.
2. A défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules.
3. A défaut de ces derniers, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs.
4. A défaut de tous les sus-mentionnés, les parents et alliés du futur époux, qualifiés à assister à l'assemblée du conseil de famille qui doit être consulté sur son interdiction.

ARTICLE 142.

Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, l'opposant est tenu de promouvoir son interdiction, et d'y faire statuer sans délai.

SOMMAIRE.

274. Jusqu'ici, il a été question de l'opposition du mariage des mineurs, sur lequel on n'a point consulté le conseil de famille, du *majeur* et du mineur en état de démence. Le Code pourvoit maintenant au cas du majeur qui se trouve dans la même condition.

275. Suite.

COMMENTAIRE.

274. Jusqu'ici il a été question de l'opposition au mariage du mineur, sur lequel on n'a point consulté le conseil de famille ou dont l'avis a été défavorable, et du mineur en état de démence. La loi traite maintenant du majeur dans le même état, au mariage duquel on veut procéder. Elle indique comme pouvant s'opposer à son mariage, mais seulement, à défaut les uns des autres, 1o. ses père et mère et à leur défaut ses aïeuls et aïeules, 2o. ses frères, sœurs, oncle, tante, cousins et cousines germains et enfin, 3o. ses autres parents et ses alliés à donner leur avis sur son interdiction.

On doit remarquer la différence de rédaction entre l'article 141 et l'article 139. L'article 139 a dit : " pourront s'opposer " au mariage, les aïeuls et aïeules, l'oncle et la tante, le cousin " et la cousine germains." L'article 141 dit 1o. " le père et à son " défaut la mère. 2o. A défaut du père et de la mère, les aïeuls " et aïeules," et ainsi de suite des autres parents, appelés seulement à défaut les uns des autres. Quelle est la signification de ces mots *à défaut* les uns des autres, et dans quelles circonstances, les uns peuvent-ils remplacer les autres ? Notre réponse est : dans le cas de mort ou d'incapacité, créant dans le sens de l'article 120, une impossibilité, comme l'absence, la démence, la mort civile ainsi que nous l'avons déjà dit sur cet article et que nous l'avons répété sur l'article 138. Tant que dans l'échelle de parenté tracée par l'article, il existe un parent plus proche en degré et dans l'ordre où ils sont nommés, capable de faire opposition, s'il refuse ou néglige de le faire, nul parent du degré subséquent et dans certains cas, nul parent mis en même ligne avec un autre, mais nommé en second lieu comme la mère à l'égard du père, ne peut être admis à opposer le mariage.

Ainsi le père vit et a la capacité voulue, nul parent pas même la mère, peut s'opposer. La mère ne peut faire cette opposition qu'en cas de mort ou d'incapacité du père. Les aïeuls ou aïeules, et ceux-ci viennent concurremment et indistinctement dans les deux lignes, ne viennent qu'en cas de mort ou d'incapacité du père et de la mère. Tant qu'il existe

un aïeul ou une aïeule capable, les frères ou sœurs, oncles ou tantes, cousins germains ou cousines germaines sont exclus. Mais les trois derniers degrés viennent concurremment, et à la manière dont l'article est rédigé, l'un ou l'autre de ces parents indistinctement, sans que les uns viennent à défaut des autres, peuvent faire opposition. Ce n'est qu'à défaut de tous les parents, et quand il n'en reste aucun qui ait la capacité de faire l'opposition, que les autres parents, et les alliés de tous les degrés, qui ont la capacité voulue pour assister à un conseil de famille convoqué pour donner son avis sur l'interdiction du futur époux, sont recevables à s'opposer. C'est la première fois que la loi parle des alliés, pour leur donner le droit de faire opposition.

275. Les aïeuls et aïeules dont parle l'article 140, étant comme sous l'article 139, les grand-pères et grand'mères du futur époux, il s'en suit que tous les parents mâles, ascendants et descendants, précédant les grand-pères et les grand'mères, en remontant les deux lignes et venant après les cousins germains parmi les descendants, sont recevables, et que les femmes le sont aussi dans la ligne ascendante (art. 252). Quant aux alliés, quelque soit le degré de parenté de la personne, qui par mariage, a causé l'alliance, ils ne peuvent s'opsoser, que sur le défaut des père, mère, aïeul, aïeule, oncle, tante, frère, sœur et cousins du futur époux. Ainsi le beau-père qui est le plus rapproché par l'alliance est exclu par le cousin germain, qui est le plus éloigné par le sang, parmi les personnes nommées en premier, second et troisième lieu dans l'article.

L'article 142 qui vient apràs l'article 141, lequel ne pourvoit qu'à un seul cas d'opposition au mariage du majeur, celui de la démence, disant (l'article 142), que quand l'opposition est fondée sur la démence du futur époux, l'opposant est tenu de promouvoir son interdiction, ne serait qu'un pléonasme, en ce qu'il ne ferait que répéter ce qu'a dit l'article 141, sur le cas où l'opposition au mariage du majeur est permise, mais il faut faire attention, que l'article 139, a déjà marqué la démence comme étant une cause d'opposition au mariage du mineur. L'article 142 disant " lorsque l'opposition est fondée sur l'état

de démence du futur époux" s'applique au double cas de la démence du mineur et de la démence du majeur, et statue que dans ces deux cas, l'opposant est tenu de faire provoquer l'interdiction du futur époux et d'y faire statuer sans delai. Cette nomination doit se faire par convocation du conseil de famille, de la manière que nous l'avons déjà marqué sur l'article 81, relativement à la nomination du curateur à l'absent.

L'article ne dit pas expressément, ce qu'a dit l'article 140, par rapport au mineur, que l'opposant sera tenu de faire nommer un curateur au futur époux; mais il le dit implicitement, en ordonnant son interdiction; car d'après l'article 141, la sentence qui prononce l'interdiction doit nommer un curateur à l'interdit. Cette interdiction est sujette aux règles énoncées aux articles 328, 329, 330, 331, 332, 334 et 341 du Code et a les effets ordinaires d'une interdiction pour cause de démence. L'article 142 ne dit pas que le curateur à l'interdit devra représenter les intérêts du futur époux sur l'opposition, c'est à-dire, défendre le mariage, comme l'a fait l'article 140 pour le curateur du mineur, car il est clair, que l'effet de l'interdiction est de maintenir l'opposition, et arrêter le mariage projeté. Dans le cas du majeur en démence, la voie indiquée pour faire juger l'opposition, est donc la demande en interdiction. Si la preuve révèle la démence, l'opposition est virtuellement maintenue, et dans le cas contraire le rejet de la demande en interdiction, entraîne le rejet de l'opposition; la seule cause pour laqnelle on peut d'après l'article 141, opposer le mariage d'un majeur, étant sa démence.

Sur cette demande en interdiction, le juge peut-il comme la chose lui est facultative, sur l'article 331, én rejetant la demande, donner un conseil au futur époux? Je ne le crois pas. L'objet direct de l'opposition étant d'empêcher le mariage, et le procès sur l'opposition, se faisant par un procès sur l'interdiction dont le sort doit décider celui du mariage, il serait hors de question de donner un conseil à celui dont on autoriserait le mariage. S'il n'a pas assez de raison pour se marier sans l'assistance d'un autre, qu'on l'interdise, mais qu'on ne le stigmatise pas en le mariant!

On a sans doute remarqué, que dans l'ordre établi par l'article 141, pour énumérer les parents qui ont le droit de s'opposer au mariage du majeur, les frères et sœurs ne viennent qu'après les aïeuls et les aïeules, et sont sur la même ligne, que les oncles et les tantes et les cousins germains. L'ordre de la nature n'est pas ici suivi. Car les frères et sœurs sont au second degré, de même que l'aïeul et l'aïeule, l'oncle et la tante sont au troisième degré, et les cousins germains au quatrième. Si l'on avait suivi la proximité du sang, on aurait mis le frère au même rang que l'aïeul, on aurait fait venir l'oncle ensuite et après l'oncle, le cousin germain. Le Code n'a pas jugé à propos de suivre ces distinctions.

ARTICLE 143.

Quelque soit la qualité de l'opposant c'est à lui à adopter et suivre les formalités et procédures requises pour soumettre son opposition au tribunal et l'y faire décider dans les délais voulus, sans qu'il soit besoin de demande de mainlevée, à défaut de quoi l'opposition est regardée comme non avenue, et il est nonobstant, passé outre à la célébration du mariage.

ARTICLE 144.

Au Code de procédure civile, se trouvent les règles quant à la forme, au contenu et à la signification des actes d'opposition, ainsi que celles relatives à la péremption décrétée en l'article précédent et aux autres procédures requises.

ARTICLE 145.

Les oppositions sont portées devant le tribunal de première instance du domicile de celui au mariage du

quel on s'oppose, ou du lieu ou doit se célébrer le mariage, ou devant un juge de ce tribunal.

SOMMAIRE.

276. Les articles précédents ont leur commentaire dans le chapitre neuvième du livre second du Code de Procédure Civile.
277. Comment s'instruit la procédure sur ces oppositions.
278. Suite.

COMMENTAIRE.

276. Les articles précédents, ont leur commentaire dans le chapitre neuvième du livre second du Code de Procédure civile, auquel l'article 143 du Code Civil a référé.

Il résulte de ces articles du Code Civil et du Code de Procédure combinés, que le tribunal devant lequel doit se porter l'opposition, est la cour Supérieure du District, dans lequel se trouve le domicile de celui des futurs époux contre le mariage duquel est dirigée l'opposition, ou du District qui renferme le lieu où le mariage doit se célébrer.

Il en serait de même dans le cas où le mariage des deux conjoints serait l'objet d'une opposition. Ce concours de juridiction dans les cas où le lieu de la célébration n'est pas celui du domicile des époux, pourrait créer des embarras et donner lieu à des surprises, si l'article 991 du Code de Procédure Civile, n'ordonnait la signification de l'opposition au fonctionnaire qui doit célébrer le mariage des deux futurs époux. L'opposition peut être présentée au tribunal en terme ou à un juge en vacance, avec délai intermédiaire de cinq jours, et délai additionnel d'une journée par cinq lieues. La procédure est la même que celle entre locateurs et locataires. Défaut congé doit être donné de l'opposition si elle n'est pas présentée au jour fixé et sur remise d'une copie du jugement qui le prononce, le fonctionnaire doit célébrer le mariage.

La procédure, sauf les exceptions particulières qui viennent d'être citées, étant celle usitée sur demande entre locateurs et locataires, il convient de référer aux articles du Code de Procédure qui en traitent.

277. Ainsi le Défendeur sur cette opposition, c'est-à-dire le futur époux doit comparaître avant le midi du jour fixé dans

l'avis qui doit accompagner l'Opposition, sinon défaut est enregistré contre lui, et l'opposant peut procéder par défaut (C.P.C. art. 891.) Le Défendeur qui a comparu est tenu de plaider à l'opposition avant midi du jour suivant, sinon l'opposant peut procéder *exparte*, (C. P. C. art. 892). L'opposant est tenu de fournir sa réponse l'avant midi du jour qui suit la production de la défense à peine de forclusion, *ou même de déchéance* comme nous le verrons plus tard. Toute autre pièce de plaidoierie nécessaire pour lier la contestation doit être produite avant midi du jour juridique suivant, à peine de forclusion (C. P. C. art. 893 et 994). Aussitôt la contestation liée, la cause peut être inscrite à l'Enquête, pour le jour juridique suivant et il est procédé de jour en jour à la preuve, jusqu'à la clôture d'Enquête de part et d'autre (C. P. C. 894.) Aussitôt qu'une partie suspend sa preuve, son Enquête peut être déclarée close (C. P. C. art. 895). La preuve doit être prise par écrit et au long, à moins que les parties ne conviennent qu'elle sera prise par notes consignées au dossier et qui en font partie (C. P. C art. 896). Après clôture de l'Enquête, la cause peut être inscrite pour audition au mérite le jour suivant, et cela sans avis, qui doit cependant être donné si elle est inscrite pour un autre jour (C. P. C. art. 897). Le jugement peut être rendu en terme ou en vacance (C. P. C. art. 898) Avant de prononcer son jugement sur l'opposition, le tribunal ou le juge peut, à sa discrétion, convoquer le conseil de famille de celui des futurs époux dont le mariage est opposé, pour recevoir son avis sur le mariage (C. P. C. 995).

Nous n'avons pas besoin de dire que cet avis n'est pas concluant et que le juge est l'arbitre des inductions qu'il doit en tirer.

278. L'article 994 du même code de procédure civile disant: " qu'à défaut par l'opposant de procéder en la manière requise, l'opposition est déclarée désertée," contient une disposition quelque peu vague, et soulève quelques difficultés. On se demande d'abord si aux termes des articles qui viennent d'être cités, l'Opposant est obligé de procéder avec la célérité qu'ils indiquent, ou si cette célérité lui est simplement facultative?

En référant aux articles 893 et 894 qui s'appliquent à la procédure de l'opposant, on apperçoit une différence entre les termes de ces articles. L'article 893 est couché sous une forme impérative et dit : L'opposant est tenu de fournir sa réponse dans l'avant-midi du jour qui suit la production de la défense et la première partie de l'article 894 est conçue en termes promessifs : " Aussitôt après la contestation liée la cause peut être inscrite au rôle des enquêtes pour tout jour juridique suivant." Mais la dernière partie ajoute, " il est procédé à la preuve au jour fixé en continuant de jour en jour, jusqu'à épuisement de la preuve.

De cette différence dans les termes, doit-on conclure que si dans les vingt-quatre heures de la production de la défense, l'opposant ne produit pas sa réponse, son opposition sera déclarée désertée, et qu'il n'en sera pas ainsi, si après la contestation liée, il n'avait pas inscrit à l'Enquête pour le jour suivant, et s'il ne procède pas immédiatement à l'Enquête, et de jour en jour jusqu'à ce qu'elle soit épuisée ?

Il me paraîtrait difficile de trouver une distinction véritable entre ces deux cas. L'intention de la loi est sans doute que l'instruction sur l'opposition se fasse avec toute la diligence possible, eû égard au retard qu'elle apporte au mariage. Mais d'un autre côté une rigueur excessive pourrait frustrer l'opposition de ses fins légitimes, et avoir pour effet de faire célébrer indûment le mariage. Dans cette perplexité, la loi a du tenir un juste milieu, et fonder les déchéances qu'elle prononce sur des motifs sérieux, et non sur des différences accidentelles de langage et des caprices de phraséologie. Si les lenteurs de l'opposant dans une procédure qui doit être aussi sommaire, témoignent de son hésitation, soulèvent des doutes sur le motif qui le fait agir, révèlent surtout une absence de bonne foi, alors son défaut de procéder dans le temps loisible ou requis, de la manière requise suivant l'article 965, pourra faire déclarer son opposition désertée. Dans le cas contraire, une simple omission, un oubli, une inadvertence, ne justifieraient pas le tribunal de le faire décheoir. C'est dire que l'application de l'article 994 est abandonnée à la discrétion du tribunal.

ARTICLE 146.

(*Code Civil*) S'il y a appel les procédures sont sommaires et elles ont la préséance.

(*Code de Procédure civile art.* 996) Il y a appel du jugement sur l'opposition à la Cour du Banc de la Reine, en observant les mêmes formalités que dans les appels de la Cour de Circuit, et les procédures ont la préséance.

C'est au Code de Procédure Civile depuis l'article 1143 à l'article 1153 qu'il faut recourir pour connaître les formalités de cet appel, qui est porté par Requête et qui est entendu sans autre formalité que la production d'un factum.

ARTICLE 147.

Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres que le père et la mère, peuvent être condamnés aux dépens et sont passibles de dommages et intérêts suivant les circonstances.

SOMMAIRE.

279. Les père et mère sont seuls rendus indemnes des frais et des dommages résultant d'une opposition mal fondée. Contrairement à l'article 179 du Code Napoléon, sur lequel le présent article 147 est calqué en partie, cette indemnité n'est pas étendue aux autres ascendants.

280. La conséquence est que les autres opposants sont passibles des dépens et des dommages et intérêts, *suivant les circonstances* de chaque cas particulier. La discrétion des Juges à l'égard des dépens est réglée par l'article 478 du Code de Procédure Civile et à l'égard des dommages et intérêts par le droit commun. Sur ce dernier point, une distinction doit être faite entre les opposants à qui les articles ci-haut accordent le pouvoir de former l'opposition et les opposants qui n'en sont point revêtus. Présomption de bonne foi dans le premier cas, et présomption contraire dans le second.

281. Dommages exemplaires dans le second cas. Il n'en est pas ainsi dans le premier. Les circonstances peuvent cependant modifier cette règle. En France, le jugement qui rejette l'opposition, aurait statué en même temps sur les dommages et intérêts. Il n'en serait pas ainsi parmi nous, et il faudrait une demande particulière sur ce dernier chef.

282. L'opposition judiciaire n'est pas la seule voie usitée pour s'opposer à un mariage frappé d'empêchement, elle est même la plus rare. La voie plus communément usitée consiste dans les dénonciations extra-judiciaires faites par les fidèles avertis à cette fin, par les publications de mariage. Le jugement du tribunal civil ne lie pas le fonctionnaire qui ne doit pas célébrer le mariage si d'après les *doctrines et croyances de la religion et la descipline de l'Eglise, à laquelles il appartient* (aux termes de l'article 129) il est convaincu de l'existence de quelque empêchement.

283. Au reste, en refusant ainsi son concours au mariage, le fonctionnaire ne se mettrait pas en contradiction avec le jugement de la Cour civile, qui en donnant main-levée de l'opposition, laisse, sans prononcer sur la validité du mariage, les parties dans la position où elles se seraient trouvées, si aucune opposition n'avait été faite. En ce cas comme dans tous les autres cas de dénonciations d'empêchements, le devoir du curé est de référer la difficulté à l'Ordinaire.

284. Un mariage célébré au mépris d'une opposition, quoique célébré illicitement, ne laisse pas de l'être validement, si cette opposition ne porte pas sur des empêchements dirimants. Citation de Pothier et de Héricourt, à l'appui de ce sentiment.

285. Citation d'arrêts conformes à cette opinion.

286. Autres arrêts. La jurisprudence sur le Code Napoléon est conforme à ces arrêts.

287. Preuves de cette jurisprudence.

288. Une opposition au mariage, nulle pour vices de forme ou même rejetée au fonds peut être renouvelée.

289. Cette doctrine prévaut sous le Code Napoléon. Citation d'auteurs. Boilleux, Demolombe. Exception par rapport aux oppositions subséquentes à une première opposition, formées par des personnes du même degré que le premier opposant ou d'un degré inférieur, suivant l'ordre établi par les articles 137, 138, 139 et 141.

COMMENTAIRE.

279. D'après cet article, le père et la mère, ou l'un ou l'autre, qui se sont portés opposants au mariage de leur enfant, ne peuvent jamais être condamnés aux dépens de l'instance sur l'opposition, de même que dans aucuns cas, il ne peuvent être tenus des dommages occasionnés à ce même enfant par une opposition inopportune ou mal fondée. La proximité du sang exclue ici toute présomption de malice, et cette malice fût-elle constante et caractérisée, que la loi refuserait à l'enfant une

action contre son père, à raison d'une procédure qu'elle persiste à attribuer à la sollicitude paternelle.

Les ascendants qui ont fait opposition au mariage de leurs petits-enfants, jouissent-ils de cette immunité quant aux dépens et aux dommages ? La raison de décider paraîtrait bien être la même dans les deux cas. En effet, la bonne foi de l'opposition et la faveur du motif qui l'a déterminée ne sauraient pas plus être mis en suspicion dans un cas que dans l'autre ; si même il y a quelque différence à cet égard, elle devrait être en faveur des ascendants que le calme de leur grand âge protége contre l'inculpation de la mauvaise humeur ou de la passion, qui souvent à leur insu même, dictent l'opposition des pères et des mères au mariage de leurs enfants. L'article 179 du Code Napoléon qui ne parle pas des dépens, soustrait en termes généraux tous les ascendants aux condamnations en dommages et intérêts. On est surpris de voir que nos rédacteurs qui ont emprunté leur article 147 à cet article 170 du Code Français, aient innové à la disposition de ce dernier article, et dans une parité aussi étroite de motifs, aient restreint leur protection aux père et mère, sans l'étendre aux autres ascendants.

Cependant, ayant sous les yeux l'article du Code Napoléon, on doit supposer que c'est en connaissance de cause et délibérément que les Codificateurs n'en ont pas adopté toute la disposition. Notre article n'a exempté que les père et mère du paiement des frais et de la passibilité des dommages et intérêts, excluant tous les autres opposants du bénéfice de sa disposition, et le faire à sa place serait en contrarier, à la fois, l'esprit et la lettre. *Dura lex sed lex !*

280. La conséquence de l'article est, que tous les autres opposants qui succombent, sont sujets aux dépens de l'instance sur l'opposition et sont passibles de dommages et intérêts. L'article ajoute : *suivant les circonstances !* Ce qui veut dire par rapport aux dépens que les opposants sont sur cette procédure, dans la même condition que tous les téméraires plaideurs qui subissent la pénalité des dépens. Ce qui ne signifie cependant pas que la condamnation aux dépens

soit dans tous les cas, de nécessité absolue, et que le Juge ne soit pas en cette matière comme en toute autre, revêtu du pouvoir discrétionnaire de modérer, mitiger et compenser les dépens, suivant l'article 478 du Code de Procédure Civile.

Pour ce qui est des dommages et intérêts, l'article en disposant qu'à l'exception des père et mère, les opposants qui succombent en sont passibles, également *suivant les circonstances*, fait rentrer cette matière dans les principes ordinaires du droit commun, qui régissent les dommages et intérêts résultant de procédés judiciaires, malicieux ou vexatoires. Nous devons nous borner ici à référer à la doctrine et à la jurisprudence établies sur ce point.

Il y a cependant une distinction à faire, sur les qualités des personnes qui ont fait opposition au mariage, relativement à la question de malice. On sait que sur demande en dommages et intérêts occasionnés par des poursuites judiciaires intentées au criminel, et la règle est la même au civil, la première question qui se présente, quant à la responsabilité du Défendeur, est de savoir s'il avait des motifs raisonnables pour recourir à la justice, et s'il est ou non protégé par sa bonne foi ?

Sur action de dommages et intérêts intentée contre l'auteur d'une opposition, dont main-levée a été accordée, cette question préliminaire à la recherche de l'étendue du dommage, se présentera au seuil du litige. Elle doit comme toutes les questions de ce genre, être assujettie aux circonstances particulières de chaque cause ; mais la compétence légale de l'opposant à arrêter le mariage, en sera l'élément principal. Si cet opposant se trouve dans la catégorie des personnes auquelles les articles ci-haut donnent le droit de former opposition, nulle présomption hostile ne s'élèvera contre lui et la question de sa bonne ou mauvaise foi dépendra de la preuve des motifs qui l'ont fait agir. Usant d'un droit que la loi lui reconnait, la présomption légale est plutôt en sa faveur, et ce sera au Demandeur à la repousser par des faits contraires, et à établir sa mauvaise foi. Il est alors dans la position commune à tous les individus à qui la loi reconnait le droit de s'adresser à la justice, dans les circonstances données de chaque instance.

Il en sera autrement du cas, où l'Opposant n'aurait pas été dans les conditions juridiques voulues par la loi pour retarder le mariage. Son intrusion produirait contre lui *de plano*, la présomption de mauvaise foi, et ce serait à lui à la repousser.

281. A défaut de justification de sa conduite, le montant des dommages à prononcer contre l'Opposant devenu Défendeur, sera laissé à la discrétion du Juge, mais ce seront des dommages exemplaires. Dans le cas où l'Opposant a qualité pour s'opposer, on comprend qu'il n'en doit pas être ainsi, et qu'en règle générale une preuve de dommages réels doit être faite contre lui. La raison de la différence entre les deux cas, quant à la mesure des dommages, vient de la bonne ou mauvaise foi des Défendeurs.

Cependant dans les cas de bonne foi apparente, il peut exister des circonstances qui, en repoussant la présomption, peuvent révéler la malice de l'Opposant. En ces cas qui sont des exceptions, cet Opposant devra être traité comme un Défendeur de mauvaise foi et des dommages exemplaires seront prononcés contre lui. Tout dépend des circonstances.

L'article 147, en disant que les Opposants autres que les père et mère, sont passibles de dommages et intérêts, et ajoutant *suivant les circonstances*, tout en donnant ouverture à l'action, ne dit cependant pas qu'elle existe et doive être maintenue dans tous les cas. Dans les circonstances même qui paraissent les plus défavorables, l'Opposant peut être de bonne foi et il en aurait le bénéfice. L'article a refusé l'action contre les père et mère, et là, en bornant à eux son immunité, accordée implicitement contre les autres Opposants. Voilà toute sa décision. Il en a laissé l'application à la doctrine et aux tribunaux, qui baseront leurs décisions sur le droit commun et suivant les faits de chaque cause.

En France, la question des dommages se serait décidée sur l'instance en opposition et en main-levée même, et le Juge qui aurait rejeté l'opposition aurait en même temps prononcé sur les dommages. Notre procédure plus formaliste et moins élastique s'opposerait à cette double procédure, et chez nous

la revendication des dommages devrait être l'objet d'une action principale et distincte.

282. Nous avons sur le chapitre troisième, parcouru les divers cas où les empêchements de mariage peuvent être dénoncés à la justice civile au moyen d'oppositions. Mais cette voie civile de dénonciation n'est pas la seule et la plus usitée. Elle est au contraire la plus rare et on peut dire qu'elle n'est pes fréquemment en usage. Le mode ordinaire de s'opposer à un mariage frappé d'empêchement, consiste dans la dénonciation que font au curé ou au ministre du culte du lieu où la publication se fait ou du lieu où le mariage doit être célébré, les fidèles prévenus de sa célébration prochaine par la publication des bans. Chaque fidèle est tenu ainsi qu'il en est informé à la suite des publications, de dénoncer les empêchements qu'il connait aux mariages publiés. Il y était autrefois obligé sous peine d'excommunication. Cette peine n'existe plus, mais l'obligation morale et religieuse est la même. La modification de la peine n'emporte pas l'atténuation de la faute. Nous verrons plus tard, au chapitre des nullités, les conséquences de la non-dénonciation de la part de celui qui ne révèle pas un empêchement de mariage dont il connait l'existence.

Sur la révélation ainsi faite provenant de quelque empêchement dirimant, le curé ou ministre du culte (fonctionnaire du mariage) appelé à le célébrer, doit suspendre cette célébration jusqu'à ce qu'il ait été vérifié de l'empêchement. Si le résultat de sa recherche révèle l'absence de tel empêchement, il doit sous le plus bref délai passer outre au mariage. Dans le cas contraire, il doit refuser son ministère.

Dans le cas d'une opposition faite en justice et qui, d'après l'article 991 du Code de Procédure Civile, doit lui être signifié, le fonctionnaire est *a fortiori*, tenu de suspendre la célébration ; il doit attendre la signification du jugement sur cette opposition, et suivant le dispositif de ce jugement célébrer le mariage ou refuser son concours. Si le jugement maintient l'opposition, le fonctionnaire ne serait pas justifiable de passer outre. Il doit obéissance à la chose jugée.

Si au contraire l'opposition est rejetée par le tribunal civil et main-levée donnée aux conjoints, le fonctionnaire doit-il toujours et aveuglément célébrer le mariage ? Si par exemple, il connait un empêchement dirimant inconnu, omis ou supprimé par la partie qui s'est rendue opposante, ou bien encore, si le tribunal civil a méconnu un empêchement dirimant dont l'existence lui parait certaine, doit-il procéder à un mariage qu'il sait frappé de nullité ? Non sans doute. C'est dans la loi ecclésiastique et non dans la loi civile qu'il puise son enseignement, et si la première loi établit un empêchement que l'autre ne reconnait pas, disons par exemple un empêchement de parenté du troisième ou du quatrième degré en collatérale, que la loi civile restreint au cas du premier et du second degré (art. 126), négligera-t-il la règle canonique pour adopter la règle civile ? A cette question la réponse ne saurait être douteuse. Il est clair que, malgré le jugement, l'empêchement canonique doit être respecté.

283. Au reste, en refusant de célébrer le mariage atteint d'empêchement ignoré par le tribunal civil, le curé ou ministre du culte, ne se met pas en conflit avec le jugement qui a simplement repoussé l'opposition et en a donné main-levée aux futurs époux. Ce jugement n'a pas ordonné au célébrant de passer outre au mariage. Cet ordre n'est pas dans ses attributions. Le Juge est simplement appelé à dire, si le mariage recevra obstacle de cette opposition et s'il en donne main-levée, les parties et le célébrant se trouveront dans la même situation que si aucune n'avait été faite. Or, dans ce dernier cas il n'est pas douteux, qu'ayant sous les yeux un empêchement dirimant, *d'après les doctrines et croyances de la religion et la discipline de l'Eglise à laquelle il appartient* (art. 129), le fonctionnaire ou le curé, ne peut être contraint à célébrer le mariage. Le même article 129 le couvre d'une protection spéciale à cet égard.

Le devoir du curé, serait cependant, dans les divers cas, comme dans tous ceux où il connait quelque empêchement, d'en référer à l'Ordinaire, qui est le juge compétent de l'empêchement. C'est ce qu'enseigne Schmalgrueber, Ins. Ecc., p. 2, tit. 3, de cland. desp. § 60, 61, 64.

284. Nous venons de dire qu'en recevant la copie de l'opposition, le fonctionnaire doit suspendre ses procédés sur le mariage. S'il ne le faisait pas, et si malgré l'opposition il le célébrait, ce mariage serait-il valide? La question ne peut pas s'agiter quant à un mariage frappé d'empêchements dirimants, qui l'annuleraient dans le cas de non opposition comme dans le cas d'opposition, et cela par leur propre énergie et indépendamment du procédé judiciaire. Le curé qui au mépris de l'opposition fondée sur un empêchement de ce genre passerait outre à la célébration du mariage, se rendrait passible d'une suspense de trois ans et d'une peine plus grave suivant les circonstances. (1) *Sane si parochialis sacerdos tales conjunctio-*

(1) Il est dit dans le texte, que le prêtre qui célèbre un mariage au mépris d'une opposition, encourt une suspense de trois ans et d'une peine plus grave suivant les circonstances. C'est ce qu'enseignent Pothier " du mariage" No. 82, et De Héricourt, partie III, ch. 1, art 2, § XXIII, qui seront ci-après cités. Cette opinion demande cependant une explication.

Il n'existe pas, que je sache, de peine canonique particulière au cas de la célébration d'un mariage, au mépris d'une opposition produite devant un tribunal ecclésiastique ou civil. Cette suspense de trois ans, et même une peine plus grave, ont été portées dans le second Concile de Latran, (tenu en 1215 sous Innocent III), contre tout prêtre qui, ayant connaissance d'un empêchement ou ayant des raisons probables de croire que tel empêchement existe, célèbre le mariage, avant que la question sur cet empêchement ait été vidée, *donec quid fieri debeat super eô, manifestis constiterit documentis.* C'est ce qui résulte du 50e canon de ce Concile.

Pour élucider ce point, il faut cependant reprendre les choses de plus haut. Avant ce Concile, il n'existait aucune loi ecclésiastique d'un caractère général; ordonnant la publication des bans de mariage. Cet usage s'était cependant introduit dans quelques diocèses particuliers. Odon, Evêque de Paris, qui vivait au commencement du treizième siècle, paraît avoir inauguré cette coutume dans son diocèse. Dans une décrétale du même Innocent III, à l'Evêque de Beauvais, (à une date que je n'ai pu vérifier mais qui doit être antérieure à 1415, année de la tenue du Concile), laquelle décrétale fait le chapitre 27 du Tit I *de sponsalibus*, ce pape reconnait dans les termes suivants, l'existence de cette coutume comme étant en usage dans l'Eglise gallicane : *Sane quia contigit interdum, quod aliquibus volentibus contrahero matrimonium, bannis, ut tuis verbis utamur, in Ecclesiis editis, secundum consuetudinem ecclesiæ Gallicanæ...*

Le Concile qui avait restreint au quatrième degré l'empêchement de parenté, qui auparavant s'étendait au septième, étendant à toute la chré-

nes prohibere contempserit aut quilibet etiam regularis, qui eis præsumpserit interesse, per triennium ab officio suspendatur, gravius puniendus si culpæ qualitas postulaverit. Ex concil. Lateran. Sub Innocent. III cap. cum inhibitio. § sane. Ext. de clandestin. despons.

Mais elle se soulève au cas pur et simple d'une opposition régulière, sans égard aux moyens qu'elle contient, signifiée au curé ou ministre du culte, qui n'en tiendrait compte et sans attendre l'issue du procès, célèbrerait le mariage. Ce mariage quoiqu'illicitement célébré, n'en serait pas invalidé, pourvu toujours que ces empêchements ne fussent que prohibitifs. C'est ce qu'enseigne Pothier : *Contrat de mariage*, *No.* 82 : " Le curé " qui au mépris de l'opposition à lui signifiée, aurait passé " outre à la célébration du mariage, doit, suivant le droit " canonique, être puni par l'Official par une suspense de

tienté la coutume particulière à quelques Eglises, fit de la publication des bans la matière d'une loi générale par le cinquantième canon, que, pour bien saisir la portée de la suspense de trois ans qu'il prononce et à laquelle il vient d'être fait allusion, il est nécessaire de rapporter textuellement et en entier : *Cum inhibitio copulæ sit in tribus ultimis gradibus revocata, eam in aliis volumus districtè observari, Unde predecessorum nostrum inhærendo vestigiis clandestina conjugia penitus inhibemus ; prohibentes etiam, ne quis sacerdos talibus interesse præsumat. Quare specialem quorumdam locorum consuetudinem ad alia generaliter prorogando, statuimus, ut cum matrimonia fuerint contrahenda, in Ecclesiis per presbyteros publice proponantur, competenti termino præfluito, ut intrà illum, qui voluerit et valuerit legitimum impedimentum opponat. Et ipsi presbyteri nihilominûs investigent, utrum aliquod impedimentum obsistat. Cum autem probabilis apparuerit conjectura contra copulam contrahendam contractus interdicatur expresse, donec quid fieri debeat super eo, manifestis constiterit documentis.*

Si quis vero hujusmodi clandestina, vel interdicta conjugia inire præsumpserit in gradu prohibito, etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta, prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantiâ nullum habitura subsidium ; cum illi taliter celebrando, non expertes scientiæ, vel saltem affectatores ignorantiæ, videantur. Pari modo illegitima soboles, censeatur, si ambo parentes, impedimentum scientes legitimum, præter omne inderdictum in conspectu Ecclesiæ contrahære præsumpserunt.

Sane parochialis sacerdos, qui tales, conjunctiones prohibere, aut quilibet etiam regularis, qui eis præsumpserit interesse, per triennum ab officio

" trois ans ; mais le mariage n'est pas nul pour cela seul " qu'il a été célébré au mépris de l'opposition, lorsqu'elle " n'est pas fondée. Néanmoins, il y a au 4e tome *du Jour-* " *nal des Audiences* (liv. 6, ch. 52), un arrêt du 3 décembre " 1691, qui, sur l'appel comme d'abus, interjeté par un père, " de la célébration du mariage de son fils majeur de trente- " deux ans, célébré au mépris de son opposition, a déclaré " nul le mariage, quoiqu'il en eut plusieurs enfants. Les " moyens proposés par M. l'avocat-général de Lamoignon " étaient, qu'il était important pour le public de ne pas souf- " frir qu'on passât outre à la célébration d'un mariage, au " mépris d'une opposition ; qu'ainsi le mariage devait être " déclaré nul ; sauf aux parties après l'opposition vidée, à le " réitérer. J'aurais de la peine à me rendre à la décision de " cet arrêt, et à déclarer nul un mariage, pour avoir été célé-

suspendatur, gravius puniendus si culpæ qualitas postulaverit. Sed et iis, qui taliter copulare præsumpserint, etiam in gradu concesso, condignâ penitentiâ injungatur. Si quis autem ad impediendum legitimam copulam malitiosè impedimentum objecerit, Ecclesiasticam non effugiet ultionem. Ext. De cland. desponas, c. III.

Une simple analyse de ce canon nous en fera facilement saisir la portée et l'application de la peine qu'il prononce. Inspiré par la crainte des mariages clandestins, c'est-à-dire des mariages contractés secrètement, entre personnes qui se trouvent dans les degrés de parenté prohibés (tels que restreints au quatrième degré) le Concile faisant une loi générale de la coutome suivie dans quelques Eglises particulières, ordonne que tout mariage qui doit être contracté, soit publié dans l'église, par un prêtre, avec indication d'un délai fixé pendant lequel, il sera loisible, à quiconque le pourra et le voudra, de dénoncer tout empêchement légitime au mariage. Les prêtres doivent d'eux-mêmes s'informer diligemment de l'existence de tout empêchement. Quand il y a une conjecture probable de l'existence d'un empêchement, le mariage doit être interdit, jusqu'à ce qu'il soit vérifié de l'empêchement, par des preuves manifestes.

Si quelques personnes contractent un tel mariage clandestin, ou ainsi interdit, les enfants qui en naîtront seront considérés absolument comme des enfants illégitimes sans pouvoir retirer aucun bénéfice de l'ignorance de leurs parents ; ceux qui contractent ainsi mariage, doivent être considérés, comme connaissant l'empêchement ou du moins comme affectant l'ignorance de tel empêchement. De la même manière, les enfants seront traités comme illégitimes, si les deux parents connaissant un empêchement

" bré au préjudice de l'opposition, lorsqu'il parait qu'elle " n'était pas fondée."

Il faut remarquer sur cette citation de Pothier, que quand il parle du défaut de fondement de l'opposition, c'est l'absence d'empêchements dirimants qu'il signale.

De Héricourt, Lois Ecclésiastiques de France, Partie III, ch. 1, art. 2, § XXIII, fait une maxime de la non nullité de mariage célébré malgré une opposition qui n'est pas fondée sur un empêchement dirimant. " Le mariage célébré au pré- " judice des oppositions, dont il n'y a pas de main-levée, n'est " point nul, s'il n'y a point d'ailleurs d'empêchements diri- " mants."

Le même auteur, même chapitre, art. 3, § V : " La défense " du Juge ecclésiastique ou du Juge séculier, forme un empê- " chement prohibitif de mariage ; mais il ne le rend point nul " lorsqu'il a été célébré au préjudice de cette défense, s'il n'y " a point d'ailleurs d'empêchement dirimant."

285. Un bon nombre d'arrêts ont confirmé ce principe. Nous

légitime, osent, même dans le cas où ce mariage ne leur a pas été interdit, le contracter en face d'Eglise.

Tout prêtre ou régulier, qui néglige d'interdire *tels mariages,* ou qui ose les célébrer, doit être punis *d'une suspense* de trois ans et d'une peine plus grave si les circonstances l'exigent.

Que sont ces *tels* mariages dont la célébration rend le prêtre qui le célèbre, passible de la *suspense* ou d'une peine plus *grave ?* D'après le texte et l'ensemble du canon, ces mariages sont de deux sortes ; 1o. ceux non précédés de la publication préalable des bans, (le cas de dispense toujours excepté), et 2o. ceux contre lesquels il existe une conjecture probable de légitime empêchement, soit que cette conjecture résulte de la dénonciation d'un empêchement par quelque personne qu'elle soit faite, ou de l'investigation faite à l'égard des empêchements par le prêtre à la suite de la dénonciation de cet empêchement, ou de son propre mouvement, ou que cette conjecture résulte à la fois de la dénonciation et de l'investigation. Comme en ce cas, le prêtre qui omet d'interdire le mariage jusqu'à ce qu'il en ait été vérifié, et qui au contraire le célèbre, désobéit à un ordre de l'Eglise, savoir au canon dont il est question et commet une faute grave, la suspense est portée contre lui.

Ce qui démontre davantage la nécessité où est le prêtre, d'interdire le mariage, sur dénonciation d'un empêchement, disons si l'on veut de le

allons en citer quelques-uns, en partie empruntés au Code Matrimonial de Camus, ouvrage déjà cité, et au Journal des Audiences.

Un frère tuteur de sa sœur, agrée qu'elle soit recherchée en mariage par un de ses cousins germains, à la charge d'obtenir dispense. Dans la suite ce frère change d'avis, s'oppose au mariage, et obtient, tant au parlement de Bourgogne qu'au parlement de Paris, des arrêts qui font défense de passer outre au mariage. Nonobstant ces défenses le mariage est célébré : le frère interjette appel comme d'abus de la célébration ; il soutenait que la dispense était obreptice. Par arrêt du 10 mars 1654, il est déclaré non-recevable, et condamné à l'amende et aux dépens.

Le sieur Pochet maître chandelier à Paris, avait donné le 20 janvier 1695, un acte passé devant notaires, à Mathurin-Henri Pochet, l'un de ses fils, âgé de près de trente ans, par lequel il lui permettait d'épouser telle personne que bon lui semblerait. Plusieurs années avant d'avoir ce consentement général, Pochet fils avait entretenu un commerce de débauche

suspendre jusqu'à vérification de l'empêchement, c'est que le canon ajoute, que même ceux qui sont dans les degrés de parenté permis (*in gradû concesso*) et qui, malgré cet interdit, porté sur dénonciation d'un empêchement non existant, (on doit comprendre,) osent, tant qu'il n'a pas été vérifié de la valeur de l'empêchement, contracter mariage, doivent être puuis suivant la gravité de leur offense. Pour compléter la disposition de ce canon, le Concile le termine en ajoutant : que ceux qui dénoncent malicieusement des empêchements non fondés, n'échapperont pas à la vengeance de l'Eglise.

Or, si le prêtre qui au mépris d'un empêchement dénoncé extra-judiciairement, se rend passible de la suspense, à plus forte raison doit-il le devenir quand cet empêchement lui est dénoncé par une opposition faite en justice.

Je ne suis entré dans les explications contenues en cette note que pour justifier l'opinion énoncée dans le texte, sans vouloir m'ingérer sur ce point non plus que sur aucun autre, en aucune matière de discipline ecclésiastique, ou de dispute théologique. Au soutien de mon opinion, j'ai cité la décrétale même sur laquelle elle est fondée, et je retirerai volontiers mon interprétation si des juges plus compétents que moi la condamnent. Je la crois pourtant correcte !

avec la nommé Pierrette Moyneau. Ce commerce avait été suivi de la naissance de deux enfants. Pochet donna dans la suite, à la Moyneau, un écrit sous seing privé, par lequel il promettait de l'épouser quand il le pourrait. Comme il ne satisfaisait point à sa promesse, il fut assigné à l'officialité de Paris, et condamné le 21 décembre 1699, à épouser la Moyneau. Il y eut, de la part de Pochet fils, d'abord un appel simple, puis un appel comme d'abus, ensuite un désistement de tous ces appels. Cependant Pochet père avait rendu plainte contre cette fille ; et par sentence du lieutenant criminel, rendue le 10 mars 1700, il lui fut enjoint de mieux vivre à l'avenir, avec défenses de récidiver et de hanter ni fréquenter Pochet fils, sous telle peine qu'il appartiendrait. Pochet père fait ensuite opposition à la sentence de l'officialité du 21 décembre 1699. Il en est débouté. Pochet fils et Pierrette Moyneau interjettent appel de la sentence du lieutenant criminel, obtiennent un arrêt de défenses, et veulent faire procéder à la célébration de leur mariage. Opposition de la part du père. Sentence de l'official, qui ordonne qu'il sera passé outre au mariage : publication de bans en conséquence ; mariage ensuite, dont Pochet père interjette appel comme d'abus.

M. l'avocat-général (Joli de Fleuri) soutint d'une part, que l'appel comme d'abus n'était pas recevable, parce que le sieur Pochet ne pouvait pas empêcher le mariage de son fils, âgé de plus de trente ans, et parce qu'il lui avait donné une permission expresse de se marier comme il le voudrait ; il ajouta que dans le fait, il n'y avait pas de moyen d'abus contre le mariage. On alléguait qu'il avait été fait au préjudice de défenses subsistantes, et hors la présence du propre curé. Ce second moyen n'était pas suffisamment justifié dans le fait. A l'égard des défenses, M. Joli de Fleuri dit qu'il serait difficile de prononcer une nullité sur ce seul fondement.

L'arrêt, rendu le 11 août 1703, déclara Pochet père non-recevable dans son appel comme d'abus ; mais le vicaire de saint Germain-le-Vieux, qui avait célébré le mariage, fut assigné pour être ouï sur ce qu'ayant connaissance des défenses qu'il y avait de célébrer le mariage, il n'avait pas laissé de passer outre.

286. Par arrêt donné au parlement d'Aix le 7 mai 1665, entre Jean et Jacques de Radet père et fils, et Jean et Daniel de la Salle, les sieurs de la Salle furent déclarés non-recevables à débattre de clandestinité, le mariage d'Isabeau de la Salle leur sœur, avec Jacques de Radet fils. Ce mariage fut confirmé par le même arrêt, quoiqu'il eût été contracté au préjudice des défenses faites par le sénéchal d'Oleron, par le parlement de Pau, et par le conseil ; mais le sieur de Radet fut condamné à 300 livres d'amende pour la peine de la contravention.

Le sieur le Mercier, lieutenant-général à Bayeux, instruit du dessein que son fils avait formé d'épouser une demoiselle nommée de Salem, obtint un mandement du juge de Bayeux, portant défenses à Antoine le Mercier fils, et à la demoiselle de Salem de contracter mariage. Cette défense fut signifiée aux curés du ressort. En conséquence, Antoine le Mercier ayant requis son curé de lui donner la bénédiction nuptiale, celui-ci la refusa. Le Mercier déclara en présence du curé, qu'il prenait la demoiselle de Salem pour sa femme. Il était à cette époque âgé de vingt-neuf ans. Le père voyant que son fils ne poursuivait pas pour obtenir la main-levée des défenses, se contenta d'en obtenir de nouvelles : mais il ne fit aucune poursuite.

Antoine le Mercier étant mort, sa veuve comme tutrice de ses enfants voulut recueillir sa succession : la mère et le frère de le Mercier s'y opposèrent. On disait de la part de la veuve, que la substance du mariage consistait au seul consentement des parties ; que la déclaration qu'ils avaient faite devant le curé était suffisante, parce que son ministère n'était que d'être témoin ; que c'était le véritable sens du concile, et que la congrégation des cardinaux l'avait décidé en ces termes : *Sacra cardinalium congregatio censuit non pertinere ad substantiam matrimonii, ut parochus aliqua verba proferat, ideoque valere matrimonium, quamvis verba exprimentia consensum prolata sint à contrahentibus tantum.*

De la part de la mère et du frère de le Mercier, on répondait que dans les écoles même, la question que l'on discutait serait susceptible de difficulté, attendu que l'on n'y convenait pas de

ce qui fait la forme du mariage ; si ce sont les paroles qui expriment le consentement des parties, ou celles qui contiennent la bénédiction. On citait plusieurs théologiens célèbres, entr'autres M. de Marca, Melchior Cano, pour prouver que la bénédiction était absolument nécessaire. Dans le fait particulier on ajoutait, que supposé même que le défaut de bénédiction ne fût pas considérable, la veuve le Mercier ne pouvait prendre le titre de femme légitime, parce que le mariage avait été célébré sans publication de bans, *nonobstant l'opposition du père, et contre les défenses du juge.* Basnage plaidait pour le frère de le Mercier. On n'eut point d'égard à ses moyens ; et par arrêt du 19 juin 1671, le mariage fut confirmé, et les enfants reçus à succéder.

Le sieur Mansart, architecte, épousa le 15 février 1734, Claudine Marchebourg. Il était fils du sieur Mansart, comte de Sagonne, et de la demoiselle d'Hugueni, qui s'épousèrent dans la suite ; mais sans pouvoir légitimer les enfants qu'ils avaient eus, parce que ces enfants étaient nés pendant un premier mariage du comte de Sagonne. Lors du mariage du sieur Mansart avec la demoiselle Marchebourg, il y avait une opposition formée au mois de mars 1731, de la part de la dame de Sagonne. Le comte de Sagonne se transporta chez un notaire, le 29 janvier 1734, pour désavouer l'opposition formée par la dame de Sagonne, attendu qu'elle avait été faite sans son autorisation et sa participation. Le lendemain il assista au contrat de mariage de son fils.

Environ un an après ce mariage, la dame de Sagonne en interjetta appel comme d'abus ; mais l'appel ne fut pas suivi, quoique les sieur et dame de Sagonne eussent eu différents procès contre leur fils. Le mariage subsista paisiblement pendant plusieurs années : ensuite le sieur Mansart prétendit qu'il avait à se plaindre des manières de sa femme ; il la fit mettre dans un couvent. Bientôt la haine qu'il avait conçue contre elle augmentant, il conçut le projet de faire déclarer son mariage nul.

Au mois de mars 1747, le sieur Mansart forme à l'officialité une demande à fin de nullité de son mariage, et fait assigner

Claudine Marchebourg. Celle-ci poursuit, et elle obtient une sentence par défaut, qui déclare son mari non-recevable. Le sieur Mansart interjette appel comme d'abus de son mariage ; il fait reprendre à sa mère l'appel qu'elle avait interjetté en 1735. Le comte de Sagonne intervient, et adhère à l'appel comme d'abus.

Entre autres moyens l'Appelant prétendit que le mariage avait été célébré au préjudice d'une opposition subsistante.

Sur ce moyen, on répondait qu'il n'y a aucune loi qui déclare nul un mariage fait au préjudice, soit d'une opposition, soit des défenses du juge ; et qu'ainsi un tel mariage n'est pas nul. On citait en preuves, le chap. 3 aux Décrétales, *de matrim. contracto contra interd. eccles.* les *Loix ecclesiast.* de Héricourt, *part.* 3, *chap.* 5, *art.* 1, *n.* 23, et *art.* 3, *n.* 5, et plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.

M. l'avocat-général Joli de Fleuri discuta séparément chacun des moyens des appelants comme d'abus. Quant à celui tiré de l'opposition subsistante lors du mariage, il prétendit que la Cour ne devait y avoir aucune considération et le 15 février 1748, arrêt fut rendu en conséquence, déclarant qu'il n'y avait abus.

On juge également sous le Code Napoléon, qui ne contient pas non plus de disposition expresse sur ce point, que le mariage contracté malgré une opposition n'est pas affecté de nullité, s'il n'existe pas d'ailleurs d'empêchements dirimants.

287. Sur l'article 178 qui ouvre l'appel du jugement rendu sur l'opposition, lequel appel est suspensif, les auteurs agitent la question de savoir quel sera le sort du mariage contracté en vertu d'un arrêt qui, après avoir fait main-levée de l'opposition formée à ce mariage, a été cassé par la Cour Suprême.

Les Commentateurs sont partagés sur ce point. Les uns, parmi lesquels on compte Demolombe (tome 3, de la page 271 à la page 275, Nos. 169 et 170), Massé et Vergé sur Zachariæ (tome 1, page 197, note 1,) et Boilleux, (tome 1, page 435), affirment que ce mariage a pu être célébré valablement malgré l'arrêt postérieur de la Cour de Cassation, s'il n'est bien entendu, frappé d'aucun empêchement dirimant.

D'autres, et parmi ceux-là sont, Delvincourt (page 63, No. 1), Duranton (tome 2, page 160, No. 215), bien que son opinion ne soit pas tranchée, et Marcadé (tome 1, de la page 421 à 424, Nos. 613, 614 et 615), soutiennent au contraire, que la célébration de ce mariage sera annulée par l'arrêt de cassation. Que si la seconde Cour d'appel maintient la main-levée, le mariage devra être célébré de nouveau, qu'il n'aura de valeur que de la date de cette célébration, et que dans le cas où le jugement de main-levée est infirmé, ce mariage célébré invalidement, ne pourra jamais l'être validement.

Plusieurs arrêts sont cités par Demolombe, au soutien de la première opinion, mais comme la chose arrive fréquemment, Marcadé s'en empare pour les tourner en sa faveur.

Cette discussion ne nous intéresse point, vu que nous n'avons pas de tribunal remplaçant la Cour de Cassation, et que parmi nous, il est certain, comme nous l'avons vu *suprà*, que l'appel ouvert par notre article 146 est suspensif, ce qui est d'ailleurs le caractère de tout appel suivant notre jurisprudence.

Si cependant la question devait être résolue dans le sens de ceux qui soutiennent la validité du mariage, malgré l'arrêt définitif qui l'aurait improuvé, du moins qui aurait infirmé l'arrêt de main-levée ou maintenu l'opposition, la conséquence serait que puisqu'un mariage peut être maintenu malgré un jugement définitif qui lui est hostile, *a fortiori*, celui contracté au mépris d'une simple opposition doit l'être.

La solution de la première question peut être douteuse, mais ce qui ne l'est pas, c'est que tous ceux qui ont pris part à ce débat, admettent que le mariage célébré au préjudice d'une opposition, quoique irrégulier, reste cependant valable.

Demolombe : " Mais c'est surtout dans son application à " notre sujet que le système contraire (celui de Marcadé dont " Demolombe critique ici l'opinion) me semble répréhensible. " Comment ! le mariage célébré au mépris d'une opposition " qui aurait été maintenue par un arrêt de Cour impériale, et " par la Cour de Cassation elle-même, ce mariage *serait va-* " *lable*, *si d'ailleurs*, (comme nous le supposons) *il n'était pas*

" *entaché d'une autre cause de nullité ;* et on voudrait que ce " même mariage fut déclaré nul pour avoir été célébré après " la main-levée de cette opposition par décision judiciaire."

Marcadé : " En vain dirait-on, que la main-levée de l'oppo- " sition étant réputée non avenue, on est dans le cas d'un ma- " riage célébré au mépris d'une opposition, *circonstance pour* " *laquelle la loi ne prononce pas la nullité du mariage.*"

Plus loin : " Mais à part cette observation, nous avions " répondu d'avance à l'objection, en disant que la nullité ne " procède pas ici d'une célébration faite au mépris d'une oppo- " sition, mais bien de la cassation (ou de l'infirmation sur " l'appel) par suite de laquelle, la célébratiou se trouve léga- " lement non avenue."

Zachariæ, tom. 1, page 195, § 121, *De l'effet des oppositions.* " Lorsqu'une opposition a été formée, l'officier de l'état civil " doit surseoir à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il en " ait été donné main-levée, soit par un désistement régulier, " arg. art. 67, soit par un jugement. Cependant, le mariage, " célébré malgré l'existence d'une opposition même mainte- " nue par jugement, *n'est pas nul pour ce seul fait*, si d'ail- " leurs il ne se rencontre aucun moyen de nullité résul- " tant *d'un empêchement dirimant.* Seulement, l'officier de " l'état civil qui a procédé à la célébration du mariage sans " tenir compte de l'opposition, est passible de trois cents francs " d'amende, et est tenu en outre envers les parties intéressées, " des dommages résultant pour elles, de la célébration irré- " gulière du mariage.

Massé et Vergé : " Il suit de là que nonobstant le pourvoi " contre l'arrêt qui fait main-levée de l'opposition, le mariage " peut être célébré. Mais si l'arrêt est cassé, et par suite les " choses remises au même état qu'avant l'arrêt, le mariage " tombera-t-il avec tous les effets de l'arrêt ? Evidemment " non. L'effet du jugement ou de l'arrêt qui maintiennent " l'opposition ou qui en font main-levée, n'est pas de faire " qu'il pourra ou qu'il ne pourra pas être passé outre au ma- " riage, c'est de dire que l'opposition tiendra ou ne tiendra " pas. Ces jugements ou arrêts n'ont donc aucun effet relati-

" vement à la validité du mariage contracté malgré l'opposi-
" tion. *De même que le mariage célébré au mépris d'une*
" *opposition, n'est pas nul ;* de même le mariage n'est pas nul
" quand cette opposition a été maintenue par jugement ou
" arrêt ; et de même qu'il n'est pas nul, bien que célébré au
" mépris de l'arrêt qui maintient l'opposition, de même il ne
" peut devenir nul, célébré après un arrêt qui donne main-
" levée de l'opposition, quand cet arrêt vient à être cassé. En
" définitive, l'effet de la cassation qui est de remettre les choses
" au même état qu'avant l'arrêt cassé, ne peut aller plus loin
" que l'effet que cet arrêt aurait produit, s'il avait jugé dans
" un sens contraire, à celui qui a déterminé la cassation.
" Riom, 27 jan. 1806 ; Paris, 19 sept. 1815 ; Lyon, 13 fév. 1828.
" Merlin Rép. Vo. Opp. a mar. Chardon, No. 200.

" A plus forte raison, le mariage ne peut être annulé s'il a
" été célébré après un jugement qui donne main-levée de
" l'opposition et avant qu'il ait été interjeté appel du juge-
" ment. Rennes, 12 déc. 1814. Dans tous les cas qui précèdent,
" le mariage *n'est nul que s'il a été célébré malgré un empêche-*
" *ment dirimant*, et l'opposition en elle-même n'est qu'un em-
" pêchement prohibitif."

D'après le droit canonique, le mariage célébré au mépris d'une opposition, n'est pas non plus frappé de nullité comme nous le verrons *infrà.*

288. Une opposition au mariage, nulle pour vices de forme, ou même rejetée au fonds peut-elle être renouvelée?

Si cette question devait être jugée par des arguments *ab in convenenti*, des raisons de convenance, ou même par des considérations empruntées au bon ordre public et à la faveur due au mariage ; nous pourions ajouter si le juge appelé à la juger pouvait écarter le texte de la loi pour puiser dans l'esprit qui a dicté l'ensemble du chapitre troisième, les motifs de sa décision, nous répondrions incontinent dans la négative. Mais il n'en est pas et il n'en saurait être ainsi. Aux termes généraux du droit, toute demande judiciaire, excepté déchéance particulière prononcée par une loi, peut être réitérée efficacement, si par fin de recevoir, la partie victorieuse sur le premier litige ne peut

lui opposer la présomption *juris et de jure* de la chose jugée Or outre l'indentité des parties, l'autorité de la chose jugée exige l'identité des causes de la demande, et la prononciation d'un jugement rendu sur le fonds du procès. Si donc la première opposition a été rejetée à la forme, ou si les causes d'opposition sont différentes dans la seconde instance, quelques soient d'ailleurs les inductions hostiles à cette opposition tirées de la faveur du mariage, les tribunaux, en l'absence d'une disposition particulière, ne pourraient refuser de la juger. La loi ne faisant point de distinction entre ces causes et les autres, les juges ne pouraient en faire pour elle. Sous l'ancien droit où les oppositions au mariage étaient laissées à l'arbitraire des tribunaux, peut-être auraient-ils pu le faire. Sous le Code qui a organisé un système régulier sur cette matière, repousser cette seconde demande sans en juger le mérite, serait de la part des juges un abus d'autorité.

289. Telle est la doctrine enseignée par les commentateurs du Code Napoléon, qui se trouve dans la même condition que le nôtre qui lui a emprunté presqu'en entier le chapitre qui nous occupe.

Boilleux sur l'art. 179 tom. 1, p. 436.—" L'opposant débouté " de son opposition peut-il la renouveler?—Si l'opposition a " été rejetée pour vice de forme, il nous paraît hors de doute " qu'on peut la réitérer ; car cette nullité extrinsèque n'affecte " point le fond du droit.—Les articles 177 et 178 exigent que " la cause soit jugée à bref délai, (1) mais ils ne prononcent " pas de fin de non-recevoir."

" *Quid* si l'opposition a été rejetée au fond ? peut-on la ré- " itérer en motivant d'autres causes? Aucun texte ne déclare " qu'on ne peut former qu'une seule fois opposition. Ces " oppositions réitérées entraîneront des retards souvent fu- " nestes, nous le reconnaissons ; mais il est possible que des " causes inconnues jusqu'alors aient été découvertes.—Du " reste, les magistrats peuvent prononcer contre l'opposant des " dommages-intérêts plus ou moins considérables, même " contre les ascendants : ces derniers invoqueraient vainement

(1) Exactement comme nos articles 144 et 146.

" leur qualité ; ils auraient épuisé, par une première opposi-
" tion, la faveur que leur accorde l'article 179."

Ecoutons à son tour Demolombe.—" Vous avez été débouté
" de votre opposition. Pouvez-vous revenir à la charge et
" former une opposition nouvelle?

" Supposons d'abord que votre opposition a été rejetée pour
" vice de forme.—On a prétendu que, même dans ce cas, elle
" ne pouvait pas être réitérée (Bruxelles, 26 déc. 1812, Ger-
" trude B..., Sirey ; 1813, II, 379, Merlin, *Répert.*, t. XVII, Vo.
" *Opposit.*, quest. 2, *sur l'article* 176 ; Zachariæ, t. III, p. 238).
" On invoque les articles 177, 178, qui exigent que ces sortes
" de causes soient jugées dans un bref délai, et le danger
" d'une série d'oppositions dont on ne verrait pas la fin !

" Mais pourtant, la règle générale est qu'un exploit ou une
" signification quelconque, nul pour vice de forme, peut être
" renouvelé, sans que cette nullité extrinsèque affecte le fond
" du droit, si d'ailleurs il n'a pas autrement péri ; or, aucun
" texte ne me paraît, dans ce sujet, y déroger ; car les articles
" 177, 178, en déterminant le délai dans lequel le tribunal et
" la cour devront statuer, ne s'expliquent d'ailleurs, ni de près
" ni de loin, sur notre question même. Quant à l'autre danger
" qu'on signale, je vais bientôt y revenir (Delvincourt, t. I,
" p. 209, No. 5 ; Duranton, t. II, No. 206 ; Vaseille, t. I, No.
" 177). Ce sentiment est aussi celui de nos honorables
" collègues, MM. Aubry et Ran, qui avaient d'abord enseigné
" la doctrine contraire (sur Zachariæ, t. IV, p. 37).

" Maintenant je suppose que votre opposition, régulière en
" la forme, a été rejetée au fond par quelque motif que ce
" soit.—C'est fini, vous dit-on encore, il ne vous est point
" permis de recommencer (Zachariæ, t. III, p. 238).—Cette
" solution ne me paraît pas plus fondée : je ne connais aucun
" texte qui décide que la même personne ne pourra, en tout
" et pour tout, former qu'uue seule fois opposition à un
" mariage ; il me semble donc que ce n'est qu'arbitrairement
" qu'on pourrait créer cette espèce de forclusion. De deux
" choses l'une : ou vous représentez la même cause d'oppo-
" sition qui a déjà été rejetée ; et alors votre seconde opposi-

" tion sera repoussée par l'autorité de la chose jugée (art. 1351) ;
" ou vous invoquez maintenant une autre *cause*, une *cause*
" nouvelle et différente d'opposition (art. 176) ; et alors l'une
" des conditions requises par l'article 1351 venant à manquer,
" votre nouvelle opposition est recevable et doit être, à son
" tour, appréciée.

" Mais cela va être à n'en point finir ! et voilà toutes les
" précautions de la loi impuissantes contre ce moyen irrésis-
" tible de vexations et de retards que vous donnez à l'opposant.

" L'objection est, j'en conviens, très-grave ; et j'avoue aussi
" que nul remède ne serait plus énergique que celui qu'y
" apporte l'opinion que je combats, en déclarant impossible
" toute nouvelle opposition ! Mais en droit, je ne me crois pas
" autorisé à priver la partie d'une action qu'aucun texte ne
" lui refuse, et dont le refus d'ailleurs ne serait pas même
" toujours, en fait, exempt d'inconvénients. N'est-il pas
" possible, en effet, que depuis la décision rendue sur la
" première opposition, une nouvelle cause ait surgi ou même
" qu'une cause déjà existante, mais alors ignorée, ait été depuis
" découverte ? Reste donc finalement le principe, qu'une pre-
" mière opposition n'est pas, en droit, un obstacle à une
" seconde. — Vous insistez : ni une seconde à une troisième ?—
" Je réponds : ni une seconde ni une troisième... Nous tou-
" chons ici, sans doute, à un de ces abus possibles, comme il
" y en a partout ! Est-ce que la règle générale n'est pas que
" l'appel, même interjeté hors les délais, doit suspendre
" l'exécution (Cass., 7 janv. 1818, Marcey, D., *Rec. alph.* t. XI,
" d. 854 ; Limoges, 20 juill. 1832, Castro, D., 1832, II, 183) ; et
" pourtant des appels évidemment tardifs et dérisoires pour-
" raient entraver aussi l'exercice des droits les plus légitimes.
" Faudra-t-il, pour cela, sacrifier la règle elle-même ? non
" sans doute ! mais il arrivera qu'on passera outre, si l'abus
" est flagrant et si évidemment l'appel n'est pas sérieux
" (Toulouse, 3 fév. 1832, Tournan, D., 1832, II, 65). De même
" encore, il est incontestable que les exceptions préjudicielles
" doivent être jugées avant le fond ; et pourtant ne pourraient-
" elles pas devenir aussi, en se multipliant, un moyen

" d'ajourner indéfiniment la décision de la cause? Dans ce
" cas encore, si l'exception préjudicielle n'a pas même une
" apparence de raison, et s'il devient certain que la partie s'en
" fait un jeu, les magistrats n'en tiendront pas compte (arg. de
" l'article 182 du Code forest.). Et bien, de même, si les
" magistrats aperçoivent l'abus du droit d'opposition, non-
" seulement ils pourront le réprimer en accordant des dom-
" mages-intérêts à la partie lésée, qui serait alors en droit de
" conclure à une somme assez considérable pour que l'oppo-
" sant ne fût pas tenté d'y revenir! Ils pourraient encore, si
" l'insolvabilité de l'opposant ou sa qualité d'ascendant (art.
" 179) rendait ce moyen inefficace, ou même dans tous les
" cas, concurremment avec ce moyen, ils pourraient, dis-je,
" ordonner l'exécution provisoire de leur décision, nonobstant
" toute opposition nouvelle, qui serait alors considérée bien
" plutôt comme une opposition à l'exécution du jugement ou
" de l'arrêt que comme une opposition au mariage (art. 135
" procéd.; Caen, 10 mai 1843, de Château-Thierry, *Rec. de Caen*,
" t. VII, p. 275; Comp. Demante, t. I, No. 254 *bis*, II; Massé et
" Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 197)."

Il est cependant à remarquer qu'une seconde opposition produite par une autre personne que le premier opposant, soit qu'elle fût en même degré et qu'elle eût concurremment avec lui le droit de se porter opposante, soit qu'elle fut d'un degré inférieur et n'eut le droit aux termes des articles 137, 138, 139 et 141, de faire opposition qu'à son défaut, ne serait pas recevable.

Ayant dans le premier volume de cet ouvrage, renvoyé au présent titre du mariage, le commentaire sur l'article 60, qui se trouve dans le titre des actes de l'Etat civil, ce commentaire trouve naturellement sa place ici.

ARTICLE 60.

Si le mariage n'est pas célébré dans l'année à compter de la dernière des publications requises, elles ne suffisent plus et doivent être faites de nouveau. (1)

SOMMAIRE.

290. Sagesse de la disposition de article 60, sur le renouvellement des publications de mariage, après un an écoulé depuis les premières, sans célébration de mariage.
291. En est-il de même du cas où la suspension a eu lieu par suite d'une opposition non vidée dans l'année soient ensuite rejetées ?
292. Du cas d'une nouvelle opposition, après jugement sur la première.
293. Par la rapidité de la procédure en matière d'opposition au mariage, l'application de l'article à ce cas extrême ne peut porter un grand préjudice.
294. Parité de raisons, pour le cas où un an s'est écoulé, sans célébration, depuis l'obtention d'une dispense.
295. Différence entre le droit civil et le droit canonique au sujet du présent article.
296. Retour aux effets de la célébration du mariage au mépris d'une opposition suivant le droit canonique.

COMMENTAIRE.

290. L'article 60 renferme une disposition d'une grande sagesse, en ordonnant le renouvellement des publications, si le mariage n'est pas célébré dans l'an de la dernière d'elles. Le but des publications prescrites par le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois, est d'obtenir la révélation des empêchements au mariage, et de prévenir les mariages clandestins. Il en est ainsi dans les autres croyances. Cette publication est en outre, une mise en demeure, aux parties autorisées à s'opposer au mariage et à faire valoir leur opposition.

La publication des bans dénote, de la part des conjoints, la détermination de procéder à la célébration de leur mariage, sous un délai raisonnable, pendant lequel d'ordinaire, les empêchements se manifestent et les oppositions se formulent.

(1) Nous reproduisons ici *verbatim* le commentaire qui se trouve sur cet article 60, aux pages 387 et suivantes, du premier volume de cet ouvrage publié en 1873. Mais comme dans la nouvelle édition de ce premier volume que nous entendons publier avec *revision et correction* nous omettrons le présent commentaire, nous le plaçons ici comme étant le sujet naturel de la matière de cet article 60.

Un retard démesuré pourrait faire croire à un abandon du mariage projeté. D'ailleurs des empêchements non existant lors de la publication, peuvent survenir dans l'intervalle de cette publication au mariage, s'il n'a lieu qu'à une époque éloignée.

Il fallait donc prescrire une période, pendant laquelle, les publications seraient valables et deviendraient ensuite frappées de surannation. D'accord avec le Code Français, le Code du Bas-Canada a fixé celle d'une année. Après cette année, ces publications, devenues caduques, doivent être renouvelées, ou plutôt recommencées, comme si elles n'avaient jamais été faites.

Tout se renouvelle alors ; révélations d'empêchements anciens et nouveaux, oppositions fondées sur des moyens nouvellement découverts, ou déjà invoqués. On procède à toutes fins sur de nouveaux errements, n'ayant aucun égard aux publications anciennes, considérées comme non avenues.

291. En est-il ainsi dans tous les cas, et même dans l'espèce où une opposition faite à un mariage publié n'ayant pas été vidée dans l'année, serait ensuite rejetée ? Les conjoints, en représentant au fonctionnaire de l'état civil, le jugement leur donnant main-levée de l'opposition, pourraient-ils faire célébrer leur mariage, sans publications nouvelles ? Nous ne le croyons pas. Le texte est positif et n'admet pas d'exceptions et notamment celle que nous venons de supposer.

Suit-il de cette solution, qu'une opposition non jugée dans l'année de la dernière publication, devienne caduque et doive être mise hors de cour, comme inutile, ou encore, que l'une des parties puisse pour cette raison, demander sa mise hors de procès ? Nous ne le pensons davantage. Le jugement rendu après l'an, sur l'opposition, créera l'autorité de chose jugée, sur les points qu'il a décidés. S'il a été défavorable au mariage, et que, malgré cette défaveur, les bans soient de nouveau publiés, ce jugement représenté au fonctionnaire de l'état civil, devra avoir l'effet de prévenir la célébration du mariage, comme il l'eut eu, sur les publications anciennes. Hostile, au contraire, à l'opposition, il aura l'effet d'en paralyser une nouvelle, fondée sur les moyens déjà décidés, et for-

mulés lors des secondes publications toujours nécessaires, comme nous venons de le voir.

292. Mais si la nouvelle opposition était fondée sur des moyens non découverts lors de la première, ou survenus depuis, le jugement ne pourrait être invoqué par les conjoints, pour obtenir main-levée de l'opposition. Il faudrait de rechef instruire la cause, limitée cependant aux moyens non jugés.

Cette conclusion, qui soumet un même mariage, aux péripéties d'une double opposition, paraîtra sans doute rigoureuse. Elle résulte pourtant, de la nécessité de recommencer les publications, ordonnées dans tous les cas par notre article, qui, sans distinction du cas où il y a opposition, ou de celui où nul obstacle semblable n'arrête le mariage, prescrit en termes absolus, que si le mariage n'est pas célébré dans l'année de la dernière des publications, elles ne suffisent plus, et doivent être faites de nouveau.

293. D'ailleurs ce cas extrême ne peut se présenter que rarement, et dans les espèces où il se présentera, vû la rapidité de l'instruction prescrite par le Code de Procédure Civile, les déchéances prononcées par l'article 143 du Code Civil, dont est frappée, *de plano*, l'opposition au cas où celui qui l'a faite, ne la fait pas décider avec la célérité voulue, et la préséance donnée sur l'appel à la Cour du Banc de la Reine, les conjoints ne pourraient imputer qu'à leur négligence, les délais du procès au delà de l'année, la nécessité de recommencer les publications, et les nouvelles oppositions qu'elles peuvent entraîner.

294. L'article ne parle que du cas, où un délai d'une année a suivi les publications sans célébration du mariage; il est silencieux sur le cas où une année se serait écoulée depuis l'obtention d'une dispense ou d'une licence, non suivies de mariage. C'est un cas omis, que par parité de motifs, on devrait décider, comme celui de la publication ; déclarer caduque la dispense ou license, et en exiger une seconde. Nous disons parité de raisons, car aux cas omis, on doit appliquer la loi faite pour les cas semblables, sur le même sujet et offrant les mêmes conditions d'utilité, suivant la règle

d'Ulpien : *Quoties lege aliquid unum, vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* D. L. I, T. III, *l.* 13, *de legibus.* Modestin au même endroit, l. 12, exprime la même règle en ces termes : *Non possunt omnes articuli, singiliatem aut legibus aut senatusconsultis comprendi ; sed cum in aliquà causiá sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni paæst, ad similia penducere, at que ita jus dicere debet.*

295. Sur le renouvellement des publications de mariage après un certain temps écoulé depuis la dernière publication, la règle canonique est plus étroite que celle du présent article 60 ; elle exige que les publications soient renouvelées après l'expiration de deux mois écoulés, sans célébration du mariage, depuis la dernière publication. Cette règle n'est cependant pas inflexible et peut être modifiée par l'usage de chaque diocèse, tel que prescrit au Rituel. " Dans certains " lieux, la règle est de deux, dans plusieurs, de trois, quatre et " six mois, et dans d'autres encore, d'une année," dit l'Abbé de Carrières, dans son traité du mariage, tome 1, page 277, § 384. " Cependant en l'absence d'une dérogation particulière, la règle " générale est de deux mois."

Dans le Rituel déjà cité, publié par Monseigneur La Croix de St. Vallier, pour le diocèse de Québec, on lit page 341 : " Si après la publication des bans, les parties laissent passer " trois mois sans se marier, elles seront obligées de faire pu- " blier de nouveau trois autres bans, avant de se marier, à " moins que Nous jugions à propos de les en dispenser. " Page 340."

Cependant dans tout le Bas-Canada, on a adopté la règle générale des deux mois.

Ainsi dans les mariages catholiques, les publications interrompues pendant deux mois doivent être renouvelées, suivant la règle canonique dont l'autorité doit être préférée à celle du Code, et dans les autres églises une interruption d'une année seulement, nécessitera ce renouvellement suivant la disposition du présent article.

Une même différence se trouve entre le droit canonique et

le droit civil, au sujet de la durée du séjour requis pour créer un domicile relativement à la publication des bans de mariage et de sa célébration. D'après l'article 63, le domicile par rapport au mariage, s'établit par six mois d'habitation dans le même lieu. Le droit ecclésiastique a comme nous l'avons vu, des règles différentes sur ce point. Comme conséquence de cette contrariété des deux droits, les règles canoniques devront être suivies dans les mariages catholiques, et l'article 63 dans les autres mariages.

296. Cette allusion à la différence des deux droits nous conduit à signaler la contrariété de la procédure canonique et de la nôtre sur les oppositions au mariage et à soutenir l'opinion exprimée au No. 287, que pas plus que le droit civil le droit canonique ne tient pour nuls, les mariages célébrés au mépris d'une opposition, s'ils ne sont pas d'ailleurs entachés d'empêchements dirimants.

Dans les pays où il existe des tribunaux ecclésiastiques, régulièrement organisés, c'est devant l'official que se font les oppositions ; et c'est lui qui interdit le mariage, auquel il ne doit pas être procédé avant que l'opposition soit vidée.

Le Souverain Pontife, les Evêques et tous supérieurs ecclésiastiques ayant juridiction épiscopale, peuvent également pour de justes causes, interdire le mariage entre certaines personnes déterminées, au moins pour un temps.

Le curé des parties contractantes peut aussi et il doit même l'interdire, pour des causes reconnues en droit, et entre autres, s'il existe un soupçon raisonnable d'empêchement caché entre les parties, et au cas d'opposition plausible au mariage et de dénonciation d'empêchements, ainsi que nous l'avons vu à la note du No. .

Ces interdits qui, quoique particuliers dans l'espèce, tombent sous la rubrique générale de " Interdit ou Défense de l'Eglise," *Interdictum seu Vetitum Ecclesiæ* n'invalident pas le mariage contracté à leur mépris, car en général, le *Vetitum Ecclesiæ*, ne produit que des empêchements prohibitifs, excepté en un cas qui est celui où le pape interdit un mariage avec *clause irritanti.* En ce cas, l'empêchement est *dirimant*, car

ayant le pouvoir de créer des empêchements dirimants de mariage, et il est dans l'Eglise, le seul supérieur légitime qui ait ce pouvoir, il est censé avoir créé un empêchement de ce genre contre le mariage qu'il prohibe, et tel mariage contracté au mépris de son autorité serait invalide.

Telle est la règle du droit. *Ext. lib. IV*, *tit. XIV can.* 1, 2, 3, et tel est aussi le sentiment des canonistes. *Schmal. pars. III*, *tit. XVI*, *Nos.* 12, 13, 14. Covar. pars. 2, cap. 6, No. 6.

Vû qu'il n'existe pas de tribunaux ecclésiastiques en ce pays, nous avons assimilé l'opposition faite devant le juge civil, à celle faite devant le juge ecclésiastique, et nous avons appliqué à la défense faite par le premier les effets de la défense faite par le second, au curé devant procéder au mariage frappé d'opposition ; et comme en droit canonique, le *Vetitum judicis* ne produit pas d'empêchements dirimants et n'invalide pas plus le mariage qu'en droit civil, nous nous sommes autorisé des deux droits pour appuyer notre sentiment.

SECTION SPÉCIALE.

Des effets de la rupture des promesses de mariage, sous le rapport des dommages et intérêts civils.

SOMMAIRE.

297. Deux causes importantes sont venues devant les tribunaux du pays, pendant les dix dernières années, sur actions en dommages et intérêts civils réclamés pour rupture de promesses de mariage. George vs. Benning et Mathieu vs. Laflamme et consorts.

298. Dans l'une ni dans l'autre des causes, il n'y eut de preuve directe de la promesse de mariage, mais cette preuve résultait des circonstances dans les deux instances. Il n'y avait pas eu non plus de fiançailles solennelles ou publiques, qui ne sont plus en usage en ce pays. Le résultat des deux causes soumises à des jurés, fut favorable à la Demande. Importance de la question décidée par deux jugements de la Cour de première instance dont l'un fut confirmé par la Cour d'Appel et qui à cause de son intérêt mérite une section spéciale.

299. Division du sujet en cinq points ou questions particulières.

300. Première question. Si le langage ordinaire concordait toujours avec le langage légal, la solution de cette question ne serait pas difficile. Pour avoir un caractère obligatoire une promesse de mariage doit être mutuellement faite et mutuellement acceptée. Il en est ainsi de tous les contrats. Exemple tiré de la promesse de Vente. Rapprochement des fiançailles et du mariage lui-même.

301. Ce qui devait se pratiquer quand les fiançailles étaient célébrées solennellement. Fiançailles contractées par procureur. Par lettre. Les fiançailles et les promesses de mariage sont une même chose.

302. Il n'est cependant pas toujours nécessaire que la seconde promesse, *repromissio*, soit exprimée en termes exprès. L'acceptation fait dans certaines circonstances présumer cette seconde promesse. Exemples.

303. Elucidation de cette modification apportée aux règles rigoureuses posées dans les Nos. 300 et 301 par une comparaison de la promesse de mariage avec la promesse de vente.

304. Les promesses de mariage comme les paroles qui les expriment doivent être sérieuses et délibérées.

305. Raisons du préjugé qui fait une différence entre les promesses de mariage et des fiançailles. Différence dans l'étymologie du mot *sponsalia* et *fiançailles*.

306. Il n'est pas question des fiançailles dans le Code Napoléon. La raison de cette omission est que le Code Napoléon ne considère le mariage que comme un contrat civil ordinaire. Notre Code n'en fait pas non plus mention. Ce silence est plus inexcusable dans un code inspiré par l'ancien droit, tout imprégné des traditions du droit canonique.

306. *bis*. Autres causes de la distinction faite en apparence entre les promesses de mariage et les fiançailles. Les fiançailles par *paroles de présent, per verba de presenti* étaient de vrais mariages, et dans certains cas les canonistes appelaient encore *fiancée sponsa*, la femme mariée, avant la consommation du mariage.

307. La troisième cause de cette distinction vient de ce qu'autrefois les fiançailles étaient suivies d'une célébration solennelle et qu'elles ne le sont plus aujourd'hui. Antiquité des fiançailles. Ce quelles étaient chez les payens.

308. Le Christianisme a hérité de ces traditions et les a perfectionnées en les transformant au point de vue de ses croyances religieuses. La solennité n'est pas de la substance des fiançailles. Usages divers des lieux à cet égard. Citation de Merlin.

309. Autres citations. Décrétale du Pape Nicolas I en réponse aux Bulgares.

310. Explication de cette décrétale.
311. Continuation de la preuve qu'il n'existe pas en droit de différence entre les promesses de mariage et les fiançailles.
312. Nécessité de cette démonstration.

COMMENTAIRE.

297. Il s'est dans le cours des dix dernières années présenté devant nos tribunaux, une question bien considérable au double point de vue de l'intérêt social et des principes du droit, sur deux actions en dommages et intérêts civils intentées pour rupture de promesses de mariage, toutes deux mues entre majeurs et remarquables par le fait que, l'une fut poursuivie par la fiancée contre un veuf, et l'autre par un garçon contre sa fiancée et son père, tous deux accusés de manque de parole et de complicité dans leur transgression.

La première est la cause de George vs. Benning, jugée dans un sens favorable à la demande sur défense en droit rejetée par la Cour de première instance, par jugement confirmé en Cour de Révision le 25 novembre 1868, jugée ensuite dans le même sens le 21 septembre 1869 par un autre jugement fondé sur le verdict d'un jury spécial accordant $3500 de dommages et intérêts à la Demanderesse, et enfin par arrêt de la Cour d'Appel portant la date du 8 septembre 1870, déboutant le Défendeur et Appelant Benning de son appel interjeté des deux jugements.

La seconde est la cause de Mathieu, un médecin dentiste de cette ville, contre Laflamme et sa fille, accusés d'avoir rompu une promesse de mariage, concertée entre le Demandeur et la Défenderesse, du consentement et de l'approbation de l'autre Défendeur et rompue par les derniers sous des circonstances aggravées par la fraude et la déception pratiquées au préjudice du Demandeur et frauduleusement concertées d'avance.

298. Il n'y eut dans l'un ni dans l'autre cas de fiançailles publiques, dont d'ailleurs la célébration n'est plus en usage dans le pays, non plus que de preuve directe de la promesse de mariage ; mais dans les deux causes, il fut fait une preuve de circonstances suffisantes pour la faire inférer. Les deux procès furent instruits devant des jurés spéciaux dont le ver-

dict fut favorable à chacune des deux demandes. Dans la cause de Mathieu vs. Laflamme, £100 de dommages et intérêts furent accordés au Demandeur.

Cette question qui trouve sa place dans les hautes régions de la théorie légale, et touche par plus d'un point à l'ordre social, est nouvelle dans le Bas-Canada. Elle avait été en France l'objet de nombreux arrêts rendus sous l'ancien droit, mais elle n'y a jamais été, que je sache, traitée comme point de doctrine.

Sous le nouveau régime, les auteurs ne paraissent lui avoir accordé qu'une attention secondaire, et elle est plutôt dans leurs traités, l'objet d'aperçus fugitifs que d'un raisonnement sérieux et suivi. En Angleterre, où plusieurs siècles de traditions légales paraissent avoir incorporé la solution affirmative dans la jurisprudence et l'y avoir rendue inexpugnable, l'opinion publique trouvant cette conclusion trop absolue, s'en est préoccupée et pendant la dernière session du Parlement impérial, un débat dont il s'agira ci-après, eut lieu dans la Chambre des Communes sur une réforme proposée sur le sujet. Une loi fut même faite à ce sujet. De son côté, le droit canonique dont on trouve des dépôts dans toutes les couches de la science du droit, s'est à son tour occupé de la question, et c'est dans les décrétales que l'on trouve les règles qui devront la résoudre.

Il n'en faut pas davantage pour faire de ce point de droit le sujet d'une section particulière, en dehors de la rubrique du Code, ajoutée au chapitre des oppositions au mariage et qui trouve sa place naturelle ici, entre le présent chapitre et le chapitre des nullités.

299. Pour traiter cette question par ordre, nous allons examiner 1o. Si les promesses de mariage et les fiançailles sont une seule et même chose, ayant la même nature, sujette aux mêmes conditions de validité et produisant les mêmes effets ; 2o. Conditions de la validité des fiançailles et comment elles se prouvent ; 3o. Quelles sont les causes de dissolution des fiançailles, comment elles se dissolvent, quels sont les cas légitimes de disso-

lution, c'est-à-dire les cas où cette dissolution n'emportent aucunes peines, et ceux où elles produisent des peines ; 4o. Dans ce dernier cas, quelles sont ces peines et quand elles consistent en dommages et intérêts civils encourus par la partie qui les rompt injustement ; 5o. Quelle est la mesure de ces dommages, et si jamais ils peuvent consister dans une peine conventionnelle stipulée d'avance, contre le fiancé qui viole la foi des fiançailles, en refusant le mariage à l'autre fiancé.

Première Question.

Les promesses de mariage et les fiançailles sont-elles une seule et même chose, ayant la même nature, sujette aux mêmes conditions de validité et produisant les mêmes effets ?

300. Si le langage ordinaire ne contrastait pas fréquemment avec le langage légal, et si ce contraste ne produisait pas dans l'acception des mots des différences qui contribuent à obscurcir les questions de droit, la question ci-haut posée n'en serait pas une. Les canonistes et en particulier Lancelot dans ses Institutions du Droit Canonique (*Institutiones Juris Canonici*) Titre X, sous la rubrique *Qu'est-ce que les fiançailles et quelle est leur étymologie ?* (*Qui sint sponsalia, et unde dicantur*) dit, " les fiançailles sont une promesse réciproque de mariage." *Sponsalia sunt futurarum nuptiarum mentio et repromissio.*

Or, comme une promesse de mariage qui est un contrat, cesserait d'être une promesse ou ne pourrait pas en être une, si elle n'était pas mutuellement faite et mutuellement acceptée, il s'en suit que toute promesse de mariage doit être une promesse réciproque, ou un engagement mutuel contracté par les deux promettants, sans cela elle n'aurait pas de caractère obligatoire. Le mot *mentio* signifiant la promesse de celui qui s'engage le premier et qui est acceptée par le second, et le mot *repromissio* signifiant la même promesse faite par le second. Tous les engagements ne contiennent pas dans les termes cette réitération de promesses réciproques, mais ils la renferment tous en substance. Prenons pour exemple la promesse de vente. Le vendeur ne dit-il pas, je m'engage à vous vendre, et l'ache-

teur ne dit-it pas j'accepte et je promets d'acheter ? Et tant que l'engagement n'est pas consommé par l'acceptation et la seconde promesse, n'est-il pas clair qu'il est loisible à chaque partie de se rétracter, et que jusque-là, il n'y a pas eu de vraie promesse de vente ?

Il en est ainsi dans la promesse de mariage par laquelle un des promettants dit à l'autre, je promets de vous épouser, sous entendu, si vous m'acceptez et si vous prenez le même engagement. Voilà la *mentio* qui veut aussi dire proposition. C'est-à-dire promesse conditionnelle à l'acceptation et à l'émission d'une promesse semblable. Jusque là, le premier promettant n'est pas lié, tant que le second n'a pas accepté, et il ne l'est pas même encore par cette acceptation du second, tant que celui-ci n'a pas promis de son côté, *repromissio.*

Encore une fois la chose ne se pratique pas ordinairement par les paroles même *ipsismet*, *verbis*, mais elles s'y trouvent en substance exactement comme dans le mariage, à l'instar duquel les fiançailles sont un contrat où le célébrant dit : Une telle prenez-vous un tel pour votre époux ? La fiancée répond oui, mais il n'y a pas encore de mariage, c'est-à-dire de contrat, tant que la même question n'a pas été faite au fiancé et qu'à son tour il n'a pas répondu affirmativement. On sait bien qu'il n'y aurait rien de fait, si l'un ou l'autre disait non ou ne répondait pas.

301. Quand les fiançailles étaient solennisées en face d'Eglise, elles devaient consister en une double promesse, faite *expressis verbis*, comme dans le mariage. Pour démontrer qu'il en est ainsi dans les fiançailles privées, prenons pour exemple, le cas où les fiançailles sont contractées par procureur ou par lettres missives, ce qui est loisible comme il l'est pour le mariage et comme pour tous les autres contrats. Le procureur du fiancé dit à la fiancée : Un tel promet de vous épouser si vous l'acceptez. Tant que celle-ci n'a pas accepté, et tant qu'elle n'a pas fait une semblable promesse, est-ce que le mandant ne peut pas révoquer son procureur et rétracter sa promesse ? Qui a jamais douté que rendu devant le prêtre, la fiancée qui a dit

oui, ne puisse avant que le fiancé aît répondu affirmativement, soit avant soit pendant soit après que le célébrant pose la question à ce dernier, rétracter son consentement non encore perfectionné par l'expression du consentement du fiancé et répondre négativement ? En ce cas est-ce qu'il y aurait mariage ? Il en est ainsi des fiançailles. Schmal. de spons 41, 42, 43, 44.

Cette règle n'est pas particulière au mariage ou aux fiançailles ; elle est commune à tous les contrats consensuels et synallagmatiques.

Nous avons cité le cas d'une promesse de vente pour élucider notre principe. On pourrait également supposer celui de fiançailles projetées par lettres. Titius écrit à Berthe et lui demande sa main ; offre de mariage *mentio*. Berthe lui répond qu'elle l'accepte et qu'elle est prête à le prendre pour époux ; acceptation et seconde promesse *repromissio*. Avant d'avoir reçu la lettre de Berthe, Tituus ne peut-il pas retirer sa promesse et rompre l'engagement resté en projet ?

Cette promesse réciproque de s'épouser constitue les fiançailles, qui ne sont autre chose dans leur substance que ce que l'on appelle promesses de mariage. Toutes fiançailles sont donc des promesses de mariage et toutes promesses de mariage sont des fiançailles.

302. Il ne résulte cependant pas de ce qui précède, que la seconde promesse *repromissio* doive nécessairement être exprimée et ne puisse pas ressortir de l'acceptation même. Au contraire, dans les termes du droit, cette acceptation peut d'après les circonstances sous lesquelles elle s'opère, faire inférer la seconde promesse, si elle révèle l'intention de l'acceptant de promettre réciproquement d'épouser le premier promettant. Ainsi en présence des parents et amis des parties ou de la seule fiancée, le fiancé déclare suffisamment son intention de contracter des fiançailles et promet d'épouser la fiancée. En acceptant cette promesse, celle-ci fait virtuellelement une semblable promesse d'épouser le promettant. La raison en est qu'elle a accepté dans sa substance et toute son étendue, la promesse qui lui a été faite. Or cette promesse

étant de contracter mariage, qui est un acte formé par la volonté des deux contractants, en acceptant cette promesse telle qu'elle a été faite, (laquelle promesse avant cette acceptation, était restée une promesse *gratuite* et une simple sollicitation,) elle a non seulement engagée le promettant envers elle-même, mais elle s'est aussi engagé envers lui et lui a exprimé sa volonté de le prendre pour époux. Ce qui constitue une promesse réciproque.

(Schmal. Tit. 1. De Sonpal. 845.)

303. Ainsi de même que celui qui promet vendre et celui qui promet acheter, ont contracté une promesse valable et réciproque de vente et d'achat, quand l'un a dit à l'autre, je promets de vous vendre telle chose pour tel prix, et que l'autre a répondu j'accepte ; ou bien encore quand l'un a dit à l'autre, je promets d'acheter telle chose, pour tel prix, si vous me promettez de la vendre, et que l'autre a répondu : je vous le promets, quand un homme dit à une femme, ou quand une femme dit à un homme, je promets de vous épouser si vous me faites la même promesse, et que la personne à qui la proposition a été faite, ou la promesse a été offerte a répondu, je promets ; ils ont contracté une promesse réciproque de mariage et des fiançailles valides et obligatoires. Car les mots " je promets," par lesquels la seconde personne a exprimé sa réponse, ont contenu à la fois une acceptation de la promesse *mentio* faite par la première et une promesse réciproque *repromissio* de la part de la seconde. Il en est ainsi de toutes les formes de paroles par lesquelles deux personnes expriment leur intention réciproque de s'épouser. Les paroles ne font pas le contrat, mais elles le manifestent. *Contractus consensu fiunt*, *verba centem mere sunt probatoria.* Pourvu toujours, pour le cas qui nous occupe, que ces paroles soient dites dans l'intention évidente de leur faire comporter la promesse réciproque contenue dans la définition que nous avons donnée des fiançailles, ce qui s'infère tant du contexte des paroles elles-mêmes, que des circonstances sous lesquelles elles sont prononcées.

304. Il faut aussi que ces promesses de mariage soient sérieuses et délibérées et que les paroles paraissent être l'ex-

pression d'une intention mûrement formée. On conçoit que les promesses faites et les paroles dites à la légère, en plaisantant, au milieu d'une réjouissance, dans l'accès d'une folle tendresse, qui seraient la suite d'un mouvement irréfléchi, ou qui auraient été rétractées aussitôt que dites et faites par l'un ou l'autre des promettants ou par les deux, ne seraient pas considérées comme de véritables promesses de mariage et n'en produiraient pas les effets. Tout dépend des circonstances, d'après lesquelles le juge saura toujours distinguer entre le projet de mariage et le mariage arrêté, entre l'intention et le simulacre, et discerner la pollicitation de la promesse.

Nous reviendrons sur ce point qui est d'une grande importance dans la discussion du sujet de la présente section, sur la question seconde, quand il s'agira des conditions de validité des fiançailles.

305. La raison du préjugé qui fait une différence entre les fiançailles et les simples promesses de mariage et attribue aux fiançailles une autre et plus grande valeur qu'à la promesse de mariage, est facile à concevoir. Elle vient de l'étymologie différente des deux mots, aussi bien que de l'usage qui a longtemps prévalu dans l'Eglise et la société civile, de faire des fiançailles l'objet d'une bénédiction religieuse et d'une fête de famille, ce qui n'eut jamais lieu pour les simples promesses de mariage.

Nous avons vu que l'étymologie du mot latin *sponsalia* vient de *spondere*, qui veut dire promettre et cautionner. Promettre parce que les fiancés promettaient de s'épouser, et que les parents d'ordinaire surtout les parents de la fiancée se portaient forts de l'accomplissement de la promesse, c'est-à-dire qu'ils la cautionnaient. *Et dicta sunt à spondendo, quod per ea sibi invicem se futuros conjuges viri et mulieres spondent*, dit encore Lancelot, Tit. X de spons. " Le mariage des anciens " était toujours précédé des fiançailles, c'est-à-dire *de la* " *promesse réciproque de se prendre pour époux* ; ce qui était " cautionné par les parents, ou par d'autres, comme le marque " le mot *spondere*, d'où est venu *sponsalia*, *sponsus*," dit à cet endroit son Traducteur. Covarruvias, *prim. pars. cap. prim.*

tom. 1, pag. 129, tient le même langage : *Hinc etiam sponsaliorum significationi aptari potest alia ratio, quâ constat sponsorem dici eum qui pro alio promittebot, et inde sponsalia dicta, quia is qui uxorem ducturus erat, non ab ipsâ, sed ab eo undè ducturus erat nempe à patre vel à fratre stipulabatur eam in matrimonium ductum iri.* Et ainsi le commun des docteurs.

L'étymologie du mot *fiançailles* n'a pas la même source que *sponsalia* et ne vient pas de la langue latine, mais du vieux mot *fiance*, qui signifiait autrefois assurance ou confiance, parce que les fiancés s'en rapportaient à la foi de l'un et de l'autre. De là l'origine de l'erreur sur la synonymie des deux mots, erreur qui ne s'est pas bornée au langage ordinaire, mais qui semble avoir été partagée par les auteurs français de la dernière période de l'ancien droit, lesquels négligeant le mot *fiançailles*, ne parlent plus guère que des *promesses de mariage*. Cet erreur a été propagée par les commentateurs du Code Napoléon, qui écartant tout-à-fait le premier de ces deux termes, n'emploient plus que le second.

306. Il est remarquable que le Code Napoléon lui-même ne s'occupe nullement des fiançailles, qui pourtant, jouèrent un si grand rôle dans l'ancien droit, imprégné des traditions du droit canonique. Cette omission n'a pourtant rien qui doive surprendre de la part d'une législation qui a civilisé le mariage. Il n'en est pas ainsi du Code Canadien entaché de la même faute, et fait pour un pays qui a puisé son droit matrimonial dans les Décrétales, dont il faut cependant le dire, les Codificateurs ne semblent pas même avoir soupçonné l'existence. Autre exemple fâcheux de l'imitation servile du Code Napoléon !

Il existe une autre cause de la distinction faite en apparence entre les fiançailles et les promesses de mariage. Pour distinguer les fiançailles contractées pour l'avenir et pour cela appelées *fiançailles par paroles de futur*, *sponsalia per verba de futuro*, de celles se rapportant au présent et exécutées à l'instant même, les canonistes ont appelé ces dernières fiançailles *par paroles de présent*, *sponsalia per verba de præsenti* ou *simplement sponsalia de præsenti.* Or, comme ces dernières

fiançailles sont de vrais mariages, d'après le droit des décrétales, qui sous ce rapport n'a été modifié par le Concile de Trente, que pour les lieux où le Décret *Tametsi* est en force par sa publication,on leur a attribué une signification plus étendue qu'aux *simples promesses de mariage*, ainsi appelées par notre Code, à l'article 62, qui leur refuse la vertu de fonder une opposition au mariage. (1)

De même, la femme ainsi mariée par *paroles de présent*, *per verba de præsenti*, s'appelle encore, dans le langage du droit canonique, *sponsa*, *fiancée*, et ce n'est qu'après la bénédiction nuptiale et la célébration des noces ou la consommation du mariage, qu'elle commence à s'appeler *uxor. Hinc nostrates uxorem ab sponsâ, quæ conjugalem consensum præstitit hoc solo distinquunt, quod uxor post nuptialem benedictionem et solennitatem, seu carnis copulam dicatur ; antea vero sponsa appellatur, quam significationem divina etiam scriptura observat et eam frequens usus recipit*, dit encore Covarruvias, à l'endroit qui vient d'être cité. L'on peut encore référer sur ce sujet à la décrétale *De sponsâ duorum*, Extr. Tit. IV, cap. 1, où deux femmes épousées par *paroles de présent*, sont chacune désignées sous ce terme de *sponsa.*

307. La troisième cause et celle-là est la plus notable, vient de ce qu'autrefois, chez tous les peuples, anciens comme modernes, les fiançailles ont été l'objet d'une solennité particulière, et que chez les derniers jusqu'à la réforme, elles se faisaient en face d'Eglise, qui les bénissait publiquement. L'usage des fiançailles religieuses a duré en France jusqu'à la Révolution française, époque où elles ont été supprimées.

Dans l'Histoire comme dans le Droit, les fiançailles remontent à la plus haute antiquité.

On lit dans la Genèse que " Laban et Bathuel ayant consenti au mariage d'Isaac avec Rebecca, le serviteur d'Abraham se prosterna et adora le Seigneur, fit présent à Rebecca de riches vases d'or et d'argent et de riches vêtements ; il fit

(1) Nous verrons plus tard, quelle est au point de vue légal, la signification de cet article, et l'influence qu'il peut exercer sur la question qui nous occupe.

aussi des présents à sa mère et à ses frères, et ils firent un festin à cette occasion." Dans le *Livre de Tobie*, on voit également que Raguel prit la main droite de sa fille, la mit dans celle de Tobie et leur dit : " Que le Dieu d'Abraham, d'Isaac " et de Jacob soit avec vous, que lui-même vous unisse et ac- " complisse en vous sa bénédiction," et qu'ils dressèrent eux-mêmes un contrat de mariage et firent un festin en bénissant Dieu.

La Grèce connut également cet usage des fiançailles. A Rome la loi semblait exiger que le mariage fut précédé des fiançailles, bien qu'il n'existe pas de titre positif et exprès à cet égard. L'usage laissait beaucoup de latitude à cette cérémonie qui n'était soumise à aucune forme particulière, et qui pouvait se faire par promesses ou par lettres. Elle avait lieu ordinairement à la première ou à la deuxième heure du jour qui était regardée comme la plus favorable. La promesse était rédigée par écrit, et signée par toutes les personnes présentes. Pour que les fiançailles fussent valides on exigeait le consentement des deux parties et de ceux qui devaient consentir au mariage. Le fiancé offrait à sa fiancée un anneau de fer comme garantie de l'engagement qu'il contractait avec elle ; il lui mettait cet anneau à l'avant-dernier doigt de la main gauche, parce que l'on croyait alors qu'il existait à ce doigt un nerf correspondant au cœur. Croyance partagée pendant le moyen-âge, par les modernes qui assignent la même raison à cet usage de l'anneau mis par le fiancé à l'avant-dernier doigt de la main gauche de la fiancée, perpétué jusqu'à nos jours. A partir du jour des fiançailles, le fiancé faisait partie de la famille de sa fiancée ; le père de famille l'appelait son gendre et celui-ci lui donnait le titre de beau-père.

308. Le monde chrétien hérita de cette coutume du monde payen qu'il transforma cependant à son point de vue religieux. Il est de fait, que la plupart des lois ecclésiastiques au sujet des fiançailles aussi bien que du mariage, et que l'on trouve dans le Corps du Droit Canonique, sont des lois romaines *canonisées*, c. à d. empruntées au corps du Droit Civil. Pas plus en droit civil qu'en droit canonique, la solennité des fiançailles, n'était

cependant indispensable à leur validité, et dans les deux droits à côté des fiançailles publiques se trouvent les fiançailles privées. La solennité en droit civil et la célébration religieuse en droit canonique, pouvaient être de leur nature, mais elle n'était pas de leur essence. La pratique à cet égard dépendait en grande partie de l'usage des lieux. Dans plusieurs pays, les fraves abus qui s'étaient glissés dans le peuple, trop porté à confondre les fiançailles avec le mariage, et qui se croyait autorisé à user des premières comme du second, les ont fait graduellement et dans le cours des siècles, retrancher ou tomber en désuétude· C'est ainsi que nous ávons vu le Rituel publié en 1723, par Monseigneur LaCroix de St. Vallier, les suspendre en ce pays, à cause de ces abus et de la pratique différente des lieux, ainsi que rapporté *suprà* (No. 163). Ainsi suspendues temporairement dans la pensée de l'Evêque de Québec, les fiançailles faites en face d'Eglise ont disparu en Canada, probablement pour ne plus reparaître et pour faire place aux fiançailles privées qui n'ont guère plus lieu, que par le contrat de mariage, comme nous le verrons plus tard.

Dans la dernière période de l'ancien droit, on en était venu en France, à diviser les fiançailles, en fiançailles *ecclésiastiques* et en fiançailles *civiles*. C'est ainsi qu'on lit dans le Nouveau Denizart, Vo. Fiançailles : " Il y a des fiançailles *ecclésiastiques* et des fiançailles *civiles*.

" Les fiançailles *ecclésiastiques* sont celles qui se contractent " entre deux personnes qui se font promesse de mariage en face " de l'Eglise et en présence d'un prêtre qui leur donne sa béné- " diction. Elles ne se rédigent point par écrit. On se contente " d'en faire mention dans l'acte de célébration du mariage " subséquent."

" C'est le curé, dit le Rituel de Paris, ou un prêtre commis " de sa part qui a le droit de faire la cérémonie des fiançailles. " Si, cependant un autre prêtre s'était ingéré de les faire sans " la permission du curé, les fiançailles seraient valides ; mais " il pourrait être puni par des peines canoniques."

" Les fiançailles ne sont pas nécessaires pour la validité du " mariage. Dans le diocèse de Paris, et la plupart des diocèses " de France, elles sont d'obligation et il faut au moins un jour " d'intervalle. Le curé qui les omettrait serait répréhensible, " parce qu'elles sont instituées pour de très-bons motifs. Voyez " les Conférences de Paris sur le mariage et les fiançailles."

" Dans quelques diocèses, au contraire, elles sont défendues, " pour remédier à l'abus, qui s'était introduit par l'ignorance " de plusieurs personnes qui s'imaginaient qu'après les fian- " çailles célébrées en présence d'un prêtre, elles pouvaient " légitimement vivre ensemble, comme si elles eussent été " mariées."

" Les fiançailles civiles sont de simples promesses que deux " personnes se font *ensemble* de s'épouser, sans se présenter " devant le curé pour lui demander sa bénédiction"

309. Au soutien du principe que le contrat de fiançailles peut avoir lieu sans solennité et sans bénédiction d'un prêtre, que cette solennité et cette bénédiction ne sont que l'accessoire des fiançailles et que leur défaut ne peut en altérer la valeur, Vo. Pothier, *Contrat de mariage*, Nos. 217 et 218, et Merlin, Répertoire au mot *Fiançailles*, tome 5, page 203. " On désigne par " ce mot, dit le dernier auteur, les promesses de mariage."

" A cette définition simple, et absolument calquée sur celle " du Pape Nicolas I, dans ses Réponses aux Bulgares, l'auteur " *des Conférences de Paris sur le mariage*, tome 1, pages 126 " et 127, ajoute les mots, *en présence d'un prêtre*. C'est une " erreur qui s'est déjà glissée dans trop d'ouvrages ; mais il ne " faut pour la réfuter que se rappeler ici les définitions du " droit romain et du droit canonique, qui sont admis dans " nos mœurs. Van-Espen dans son *Jus ecclesiastium universum*, " part. 2, § 1, titre *de sponsalibus*, No. 12, et le pape Benoît " XIV, dans la 46e de ses Institutions Ecclésiastiques, établis- " sent très-clairement que les fiançailles sont valables sans " prêtre, et il ne peut y avoir là-dessus l'ombre d'une difficulté " sérieuse."

Voici la réponse du Pape Nicolas I, aux Bulgares, citée par

l'article de Merlin, et insérée au Décret de Gratien, seconde partie, cause XXX, quest. 5, c. 3, de laquelle réponse l'auteur extrait la définition des fiançailles donnée par ce pape.

Nostrates tam mares quam feminæ, non ligaturam auream vel argenteam, aut ex quolibet metallo compositam, quando nuptialia fœdera contrahunt, in capitibus deferunt ; sed, post sponsalia QUÆ FUTURARUM SUNT NUPTIARUM PROMISSA, *fœdera quoque consensu eorum qui hæc contrahunt, et eorum, in quorium potestate sunt, celebrantur ; et post, quan arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei annulo insignitum desponderit, dotem que utrin que placitam sponsus ei cum scripto pactum hoc continente coram invitatis ab utrâque parte tradederit (aut mox, aut apto tempore, ne videlicet ante tempus lege definitum tale quid fieri præsumatur) ambo ad nuptialia fœdera perducuntur et primùm quidem in ecclesiâ Domini eum oblationibus, quas offerre debent Deo per sa cerdotis manum, statuantur, sic que demum benedictionem et velamen cœleste suscipiunt.*

ITEM : § 1. *Hæc sunt prætor alia, quæ ad memoriam non occurrunt, pacta conjugiorum solennia. Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus quemadmodem Græcos vos adstruere dicitis.*

310. On voit par cette Décrétale que le pape Nicolas définit les fiançailles comme *une simple promesse de mariage, sponsalia quæ futurarum sunt nuptiarum promissa*, (la glose dit *promissio*), que ce n'est qu'après ces fiançailles contractées, et conséquemment rendues parfaites, et dans l'intervalle des fiançailles au mariage qu'il en place la célébration. C'est après la constitution de la dot, la tradition de l'anneau, en présence des personnes conviées du côté des deux fiancés, et après l'expiration du délai prescrit par la loi que la célébration du mariage se fait en face de l'Eglise, et que ces derniers reçoivent la bénédiction nuptiale. La décrétale ajoute ensuite : que contrairement à ce que les consultants (les Bulgares) affirmaient être la coutume de l'Eglise grecque, l'Eglise latine ne prescrit point ces formalités sous peine de péché.

Trois choses ressortent de cette décrétale, c'est 1o que du

temps du pape Nicolas I, c'est-à-dire pendant la dernière partie du neuvième siècle, la bénédiction des fiançailles n'était pas nécessaire à leur validité si toutefois cette bénédiction était en usage, ce qui ne paraît pas probable, puisque le pape qui parle de la bénédiction des noces ne parle pas de celle des fiançailles.

2o. Que la célébration n'était pas davantage nécessaire à leur validité, puisque cette célébration n'avait lieu que dans l'intervalle des fiançailles au mariage et 3o. que le mariage contracté sans l'observance de toutes les formalités prescrites par la décrétale, ne l'était pas illicitement. *Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiale fœdere non interveniunt, non dicimus.*

Peut-on dire plus clairement qu'au neuvième siècle, le mariage et à *fortiori* les fiançailles étaient de simples contrats consensuels et n'étaient soumis ni dans leur essence ni dans les conditions de leur validité, à d'autres formalités qu'aux signes extérieurs qui servent à exprimer le consentement, *consensus signis externis expressus.*

C'est naturellement sur la foi de cette décrétale que je fonde cette assertion, car quant en ce qui concerne le mariage surtout, je ne veux pas m'ériger en juge des effets de sa clandestinité avant le Concile de Trente. Il suffit de me borner aux fiançailles qui seules sont ici en question, et de répéter pour les fins de la présente thèse, que leur solennité n'a jamais été nécessaire à leur validité, et que les fiançailles privées dans les termes du droit, ont toujours eu la même valeur légale que les fiançailles solennelles.

311. Il est vrai que pour purifier davantage le mariage et rendre les époux plus dignes du sacrement, les fiançailles religieuses ont été d'un usage général dans l'Eglise, bien que dans certains lieux elles fussent tombées en désuétude ou même qu'elles y fussent défendues (comme nous les avons vues, ainsi que dit ci-haut, défendues pour un temps par l'Evêque de Québec en 1703, et abandonnées entièrement en Canada depuis cette époque), et que dans d'autres elles fussent ordonnées par les Ri-

tuels du diocèse, comme nous l'avons vu pratiqué pour le diocèse de Paris, mais ces circonstances ne constituent que des accidents dans la formation des fiançailles et n'en ont jamais affecté la substance. Cette solennisation des fiançailles pratiquée dans les lieux où elle était prohibée, ou omise dans ceux où elle était ordonnée, n'a jamais en rien altéré les engagements des époux.

On ne se marie pas sans être convenu de le faire. Cette convention faite publiquement et bénie par l'Eglise s'appelle fiançailles, et quand elle est faite privément et sans bénédiction du prêtre, elle s'appelle simplement une promesse de mariage ; voilà toute la distinction ! Distinction qui tient essentiellement à l'arbitraire du langage, et à l'emploi de termes différents pour exprimer une même chose. Distinction sans différence, puisqu'il y a entre les fiançailles et la promesse de mariage, parfaite identité, équation absolue. Puisque les fiançailles et les promesses de mariage sont une seule et même chose, ayant la même essence, sujette aux mêmes conditions de validité et produisant absolument les mêmes effets, que se fiancer c'est se promettre le mariage, et que contracter des promesses de mariage c'est contracter des fiançailles.

Ainsi l'article 62 qui dit que si l'opposition au mariage est fondée sur une simple promesse de mariage elle est sans effet, aurait pu aussi bien dire, au point de vue de la légalité, l'opposition est sans effet si elle est fondée sur des *fiançailles*. La différence aurait résidé dans la forme, l'expression et non dans la substance de la chose exprimée.

312. Nous avons au moyen d'une longue démonstration, trop longue peut-être, établi l'identité des fiançailles et des promesses de mariage. Pour les canonistes, ce point a peut-être l'évidence et la valeur d'un théorème. Mais dans ce pays où la matière est neuve, il était nécessaire de dissiper de fausses notions à cet égard, et de réfuter des idées préconçues. Sur la question de savoir si l'inexécution des promesses de mariage engendre des dommages et intérêts civils, il était d'ailleurs indispensable de vérifier la nature de ces promesses, car après avoir constaté que les promesses de mariage ne sont autre

chose que les fiançailles qui ont leur origine dans le droit romain, adopté et transformé au point de vue religieux par le droit canonique, dont notre droit civil s'est à son tour approprié les principes, pour les incorporer dans sa législation et les conformer à nos mœurs juridiques, nous aurons trouvé les sources auxquelles doit remonter notre investigation et le fil conducteur qui devra diriger sa marche. Cet aperçu est donc le point de départ de la discussion, le nœud gordien de la question.

Il est bien entendu que les fiançailles dont il s'agit ici sont des fiançailles par paroles de futur, des promesses de mariage proprement dites, car les fiançailles *par paroles de présent* qui constituaient un vrai mariage *ipsum matrimonium*, ont été retranchées par le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois. (1)

(1) Il n'est pas besoin de dire ici que les fiançailles dont il s'agit dans le No. 312 et dans la section entière, sont des fiançailles pures et simples c'est-à-dire non faites sous conditions *sub conditione*, ou sous un délai *in diem*. Les canonistes sont entré sur cette distinction entre les premières fiançailles, c'est-à-dire les fiançailles pures et simples et les fiançailles conditionelles et celles faites sous un délai dans des explications, que pour compléter le sujet, nous croyons devoir donner dans cette note.

Lancelot Liv. 2, Tit. X, § 4, dit : *Sponsalia contrahuntur tripliciter, purè, in diem et sub conditione, et qui contraxerunt sponsalia purè, compellendi sunt etiam matrimonium contrahere et consanguinei contrahentium non debent cum ipsis contrahentibus contrahere.*

" On contracte les fiançailles de trois manières, purement, sous un délai " et sous condition. Ceux qui se sont fiancés purement et simplement, " peuvent être obligés au mariage, et leurs proches parents ne peuvent se marier entre eux.

Nous avons vu qu'on distinguait les fiançailles conçues par *paroles de présent*, de celles qui se rapportent à un temps futur, les fiançailles par *paroles de futur*. Les premières sont aujourd'hui défendues autrement qu'en la forme ordinaire et solennelle des mariages. Quant aux autres qui sont toujours en usage et dont il s'agit ici, elles se divisent, ainsi que nous l'apprend le texte des Institutes de Lancelot en celles qui se font

Qu'il soit également compris que ce que nous avons dit des fiançailles et la distinction entre les fiançailles publiques et les fiançailles privées et l'identité de ces fiançailles et des promesses de mariages, ne s'est depuis la réforme, appliqué qu'aux

purement et simplement, et les autres que l'on contracte sous des délais ou sous condition. C. 2, *Sponsalia*, l. *ex litteris C Requisisvit.*

L'auteur continue : *Si per contrahentem Sponsalia in diem, non stetit quo minus matrimonium contraheret intra terminum, cum alia postmodum matrimonium contrahere potest.*

" S'il ne tient pas à celui qui a promis d'épouser dans un certain temps " d'exécuter sa promesse, il en est dégagé et pourra contracter mariage " avec un autre."

§ 6 *Dies adjicitur sponsalibus cum quis intra certum temporis spatium, aliquam se ducturum in uxorem convenit : in quâ specie si per eum non steterit, quominus intra præfixum terminum cum eadem matrimonium contraheret, ad nuptias alterrius transire potest.*

" On met un jour ou un délai aux Fiançailles, lorsque quelqu'un promet " à une telle de la prendre pour épouse dans un certain temps, et dans ce " cas, s'il ne tient pas à lui qu'il n'épouse cette personne dans le temps " fixé, il pourra ensuite passer librement à d'autres noces."

Les canonistes distinguent sur cette décision deux sortes de délai : Ou le temps, disent-ils, a été fixé pour contracter alors le mariage, ou comme ils l'expriment, *ad sollicitandum implementum*, ou il n'a été apposé que comme terme de l'obligation, *ad limitamdam vel finiendam obligationem.* Dans le premier cas, l'engagement subsiste toujours quand le temps présent est arrivé, ce n'est même que de ce moment qu'on est proprement engagé. Dans l'autre cas, celui qui a promis de se marier dans un tel espace de temps, est dégagé de sa promesse s'il n'a pas tenu à lui que le mariage ne se fit.

Lancelot ajoute : *Sponsalia contracta sub conditione, evanescunt conditione deficiente, nisi ab eâ recessum fuerit.*

" Les fiançailles contractées sans condition sont résolues par le défaut

catholiques, les dissidents ayant depuis cette époque, aban donné la solennisation des fiançailles et leur bénédiction par l'Eglise.

" d'accomplissement de la condition, à moins qu'il n'y ait eu renonciation " à cette condition."

§ 7. *Sub conditione celebrantur sponsalia, cum quis, se quid fiet vel contigerit, nuptias se contracturum pollicetur, veluti si dictum fuerit : " Ego te in uxorem accipiam si centum mihi dederis " aut " si pater meus consenserit " ; quibus conditionibus deficientibus, ad matrimonium quis compelli non potest, nisi consenserit de præsenti, aut carnalis sit inter eos commixtio subsequuta cum his casibus à conditionibus recessum videatur.*

" On contracte des fiançailles sans condition, lorsqu'une personne pro- " met à une autre de l'épouser, si telle chose se fait ou arrive, comme si " elle disait : *Je te tiendrai pour ma femme si tu me donne cent écus*, ou, si " mon père y consent ; dans ce cas, si les cent écus ne se donnent point, " ou que le père ne consente pas, celui qui a fait une telle promesse ne " peut être forcé de l'exécuter, à moins qu'il ne l'ait dénaturée et rendue " non conditionnelle par un consentement de présent, par la copulation " ou autrement."

Le développement des questions posées dans cette section spéciale démontrera graduellement l'utilité, la nécessité même de ces distinctions, qui ne se s'apercoivent peut-être pas maintenant, mais qui se manifesteront plus tard.

Seconde Question.

Quelles sont les conditions de validité des fiançailles et comment se forment-elles ?

SOMMAIRE.

313. Retour au No. 162. Les fiançailles sont un contrat consensuel soumis aux conditions habilitantes des autres contrats, et notamment à la nécessité du consentement. L'erreur, la fraude, la violence ou la crainte sont des causes de nullité des fiançailles.
314. Explication de la manière dont ces causes, qui sont des vices de consentement opèrent.
315. Les fiançailles ne peuvent être contractées légalement quand le mariage en contemplation est frappé de quelque empêchement prohibitif ou dirimant. Exemple de l'application de cette règle.
316. Les promesses de mariage affectées d'empêchements dirimants relatifs, dont l'Eglise dispense d'ordinaire, peuvent être contractées valablement avec engagement de demander dispense. Les fiançailles se contractent *re, verbis, litteris aut consensu.*
317. Explication de cette dernière règle. Les fiançailles ne peuvent pas s'inférer des circonstances qui les auraient précédées, accompagnées ou suivies.
318. Exception à cette dernière règle, par rapport aux arrhes et à la tradition de l'anneau.
319. Avant l'Ordonnance de Moulins et celle de 1639, la preuve testimoniale des fiançailles était admise. Ces Ordonnances, la dernière surtout, exigèrent une preuve écrite.
320. Telle est la conclusion de la deuxième Question.

COMMENTAIRE.

313. Pour exposer nettement et avec précision, les principes sur lesquels est basée la solution de la Question qui fait l'objet de la Présente Section Spéciale, laquelle a pour but de rechercher si la rupture des promesses de mariage donne lieu à l'action en dommages et intérêts civils contre la partie réfractaire, il nous a fallu dans les numéros précédents, revenir sur les notions que nous avions énoncées plus haut, no. 162 et suivants, sur les fiançailles considérées comme empêchement prohibitif de mariage ; la même nécessité s'impose de nouveau aux besoins de notre seconde Question, qui a pour

but particulier d'établir les conditions essentielles de leur validité.

Les fiançailles sont un contrat consensuel, et sont soumises aux conditions générales des contrats, dont l'élément essentiel consiste dans la validité du consentement. Pas plus qu'il n'y a mariage, il n'y a fiançailles s'il n'y a pas de consentement. (Art. 116). Ce consentement doit être donné légalement par une personne capable de contracter (art. 984), et qui n'en soit pas déclarée expressément incapable par la loi. Les personnes aliénées ou souffrant d'une aberration mentale causée par maladie, accident ou ivresse, ou autre cause, ou qui à raison de la faiblesse de leur esprit sont incapables de donner un consentement valable (art. 985), ne peuvent pas valablement contracter des fiançailles.

L'erreur, la fraude, la violence ou la crainte, étant des causes de nullité des contrats (art. 991), sont aussi des causes de nullité de fiançailles.

Cependant l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la personne des fiancés ou de l'un d'eux, ou sur quelque circonstance constituant la cause principale ou une des causes principales qui auraient engagé les fiancés (ou l'un d'eux), à contracter les fiançailles, art. 992.

La fraude n'est une de ces causes, que lorsque les manœuvres pratiquées par l'un des fiancés sont telles, que sans cela, l'autre n'aurait pas contracté de fiançailles, (art. 993).

La violence constitue une cause de nullité, quand elle est employée pour forcer à contracter les fiançailles, *in ordine ad sponsalia*, soit qu'elle soit exercée par un des fiancés ou par toute autre personne, (art. 994).

La crainte produite par la violence ou autrement doit être une crainte raisonnable et présente d'un mal sérieux, pour produire la nullité des fiançailles, (art. 995).

314. Tous les vices de consentement qui font annuler les autres contrats opèrent donc comme cause de nullité des fiançailles. Ces vices qui procèdent du défaut de consentement, comme l'espèce procède du genre, sont donc : 1o. le défaut de raison permanent ou temporaire produit par aucune cause

quelconque. 2o. L'erreur. 3o. La violence. 4o. Le dol et la fraude.

Nous nous sommes expliqué *supra* (commentaire de l'article 116), sur le défaut de raison, comme cause de nullité du mariage ; nous renvoyons à ce commentaire, car les règles sont les mêmes par rapport à la nullité des fiançailles. Nous parlerons sur l'article 148, au chapitre quatrième, des Demandes en nullité de mariage, des effets de l'erreur considérée également comme cause de nullité. Les règles sont encore les mêmes relativement aux fiançailles. Quant à la violence, le dol et la fraude, ces vices produisent sur les fiançailles les mêmes effets de nullité que sur les autres contrats. V. *passim* dans le cours de ce Commentaire.

Telles sont les causes générales de nullité de tous les contrats applicables aux fiançailles, en tant que ces causes touchent à l'essence du contrat lui-même, et résumant les observations ci-haut par une formule générale, nous pourrions dire : Pour être valides et obligatoires, les fiançailles doivent être l'objet d'un libre consentement.

L'article 984 dit en outre, que pour être valide, le consentement au contrat doit être donné légalement, et l'article 985 ajoute, que ce contrat doit être fait par une personne qui n'en soit pas expressément déclarée incapable par la loi. Il s'agit maintenant d'appliquer le principe de ces deux derniers articles aux fiançailles.

Ces articles contiennent deux dispositions différentes. En disant que le consentement doit être donné légalement, l'article 984 se rapporte à la forme du contrat, et l'article 985 à la capacité des parties contractantes. Exemple de la première disposition : Les donations entrevifs d'immeubles qui ne peuvent être faites, que par actes notariés et portant minute, à peine de nullité (art. 776). Exemple de la seconde : L'article 1265 qui défend les avantages entrevifs entre conjoints, pendant le mariage.

Nous verrons comme exemple de l'application de la première disposition, l'Ordonnance de Moulins qui, en règle

générale exige la preuve écrite des conventions, et par inférence celle des fiançailles.

315. Faisant maintenant aux fiançailles l'application de la seconde règle qui réfère à la capacité des fiancés de les contracter, nous allons voir qu'à cet égard, il y a des prohibitions absolues et des prohibitions relatives ; comme par rapport au mariage, que certains individus ne peuvent contracter avec aucunes personnes, pendant que le mariage de certains autres, n'est défendu qu'avec certaines personnes déterminées. Ce qui nous conduit à dire, en règle générale, que les fiançailles ne peuvent être contractées validement, que quand le mariage en contemplation n'est lui-même frappé d'aucun empêchement prohibitif ou dirimant, excepté pourtant l'empêche ment provenant du défaut d'âge, *impedimentum ætatis.*

Ainsi le vœu solennel, l'Ordre, un mariage préexistant et l'impuissance, qui sont des empêchements de mariage dirimants absolus, soit qu'ils frappent un seul des fiancés ou les frappent tous deux, rendent les fiançailles invalides en les empêchant de se former. Les personnes frappées de ces empêchements ne peuvent contracter de fiançailles valides avec qui que ce soit. L'erreur sur la personne, la condition servile, la parenté, le crime, la disparité du culte, la violence, l'honnêteté publique, l'affinité, le rapt de violence tant que la personne ravie est au pouvoir du ravisseur, qui sont des empêchements dirimants relatifs de mariage, annulent aussi les fiançailles faites absolument, mais seulement, en certains cas déterminés et entre certaines personnes qui ne peuvent contracter mariage ensemble.

Le défaut d'âge ou l'impuberté, qui est l'état du garçon avant quatorze ans et de la fille avant douze ans, et qui fait obstacle au mariage, ne s'applique pas aux fiançailles qui d'après le droit canonique, peuvent être légitimement contractées après sept ans révolus et même avant, si la prudence supplée à l'âge, *si malitia supplet ætatem.*

316. On demande si les promesses de mariage frappées d'empêchements relatifs, mais dont l'Eglise accorde d'ordinaire des dispenses, peuvent être valablement contractées, avec engage-

ment de la part de l'un des fiancés de demander cette dispense ? Je le crois. Car la dispense lève l'empêchement ; mais comme l'octroi ou le refus de cette dispense dépend de la volonté du supérieur ecclésiastique, la promesse ne peut être considérée que comme une promesse conditionnelle dépendant de la volonté d'un tiers, de la même manière que si elle était faite sous la condition expresse, que le fiancé qui se fait fort d'obtenir la dispense, épousera l'autre s'il obtient une dispense. Le plus que l'on puisse exiger de lui pour le forcer à remplir son engagement, est qu'il la demande, et si après l'avoir demandée, elle lui est refusée, l'obligation sera résolue, comme toute promesse conditionnelle qui s'évanouit quand la condition est défaillie.

Nous avons dit au No. 165, que les fiançailles consistent en une promesse réciproque, sérieuse, volontaire et délibérée, qui doit être exprimée par la chose, des paroles, des signes ou des écrits. Nous avons établi sur la présente Question et la Question précédente, les autres conditions de cette promesse ; il nous reste maintenant à démontrer qu'elles se forment par *la chose*, *par signes*, *par paroles ou par écrit*. C'est ce qui résulte des termes du droit pour tous les contrats en général et en particulier pour les fiançailles. *Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species ; aut enim re contrahuntur*, *aut verbis aut litteris*, *aut consensu*. §. ult. Inst de oblig.

Lancelot en fait un texte de ses Institutes. Liv. II, Tit. X : *Sponsalia contrahuntur re*, *verbis*, *litteris et consensu*; et il paraphrase ainsi ce texte :

" § 1. Les fiançailles se contractent de différentes manières, " comme par la chose même, par les paroles, par lettres et le " consentement. On contracte les fiançailles par la chose, " quand on donne ou que l'on reçoit des arrhes, ou seulement " un anneau. On contracte les fiançailles par les paroles, quand " l'homme et la femme se font une promesse de mariage de " l'un à l'autre, en ces termes : *Je te prendrai pour femme et* " *moi je te prendrai pour mari*, ou autres équivalents. Elles se " contractent par lettres, lorsque les parties étant absentes se

" font la promesse de mariage par lettres missives ou par pro-
" cureur spécial." (1)

317. Comme les fiançailles sont fondées sur la volonté réciproque des parties, il n'importe comment elles l'expriment. *Cum sponsalia sunt contractus, ad similitudinem illorum contrahuntur quæ à contractu originem habent.* §. fin. apud Justin. de obligat. Il n'y a donc point à cet égard de règle particulière à suivre ; on peut les contracter en différentes manières.

Par la chose, *re :* c'est-à-dire par la tradition d'une chose qui soit comme le symbole ou le gage du contrat, par le don des arrhes ou la tradition de l'anneau, *per nudam subarrhationem, vel annuli immissionem.*

La forme de se fiancer par les paroles est la plus commune et la plus régulière, parce que la parole est le signe le moins équivoque de la volonté, et que quand elle est rendue clairement par les deux parties, on ne peut se former de doute sur la nature de leur engagement.

Ce qu'on peut exprimer par signes et par paroles, peut encore mieux se faire entendre par lettres et par procureur : *In sponsalibus constituendis parvi refert an per se et coram, an per internuncium, vel Epistolam, an per alium hoc factum sit, quemadmodum nec interest sive in scriptis, sive sine scripturâ quis sibi spondeat uxorem futuram modo de consensu constet.* Leg. *In sponsalibus*, 7 *D. de sponsalib.*

Il faut seulement que le procureur ait un pouvoir très-exprès, et il ne peut le communiquer à d'autres. *Ob magnam quod ex facto tam arduo posset periculum imminere.*

Nous avons déjà dit (No. 164), qu'en l'absence d'une promesse expresse, les fiançailles ne peuvent s'inférer des circonstances, ni même des préparatifs de mariage, et que la publication des bans de mariage n'en constituerait pas toujours la

(1) § 1. *Contrahuntur autem sponsalia variis modis : Utpulà, re, verbis litteris et consensu. Re contrahuntur per nudam subarrhationem, vel annuli immissionem. Verbis, ut inter virum et mulierem, promissio super futuro matrimonio intercesserit, veluti altero alteri vice mutuâ dicente : Ego te accipsiam in meum maritum, et ego te in meam uxorem, sive in hunc sensum verba similia protulerint. Litteris, ut cum absentes inter se de futuris nuptiis per epistolam paciscuntur, quod ipsum et per nuncium, vel procuratorem fieri vel poterit.*

preuve. La raison de cette opinion est, que quelques significatives que paraissent les circonstances les moins équivoques, comme la publication des bans, elles ne forment que des présomptions de droit, et non des présomptions *juris et de jure*, qui seules en loi font une preuve complète. Les autres ne sont que des sémi-preuves, qui dans aucune circonstance, n'ont de vertu assez probante pour suppléer à une preuve complète. Prouvera-t-on une constitution de rente, ou aucune autre obligation quelconque, par des présomptions et des sémi-preuves ?

318. Nous exceptons de cette exclusion de la preuve par présomptions, le don ou la réception des arrhes ou la tradition de l'anneau, qui sont reconnus en droit canonique, comme des preuves symboliques des fiançailles. Le baiser donné par le fiancé à la fiancée, qui en droit romain conférait au survivant le droit de retenir la moitié de ce qui lui avait été donné, si le mariage manquait par la mort d'un des fiancés : *Si a sponso rebus sponsæ donatis interveniente osculo ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus dimidiam ad defuncti, vel defunctæ heredes, cujus libet gradus sint, et quocumque jure successerint, et donatio stare (pro) parte dimidiâ et resolvi pro parte dimidiâ videatur*; (Cod. de Don. aute nupt. L. 16,) ne constitue cependant pas la preuve des fiançailles.

" Selon les mœurs des Romains, bien différentes des nôtres, " une fille n'admettait aucun homme à la baiser au visage, " pas même souvent son frère, lorsqu'elle y avait admis son " fiancé, le fiancé *videbatur pudiciam ejus prælibasse ; in cujus* " *pudiciæ prælibatæ præmium*, la fiancée, lorsque le mariage " manquait, retenait la moitié de ce qui lui avait été donnée" dit Pothier, (Mariage, No. 45) ; mais l'auteur n'ajoute pas, ce que nul autre ne dit non plus que lui, que ce baiser prouve les fiançailles. (1)

(1) Une opinion assez commune attribue à tort au baiser donné par le fiancé à la fiancée, en présence des parents de cette dernière, la vertu de prouver la promesse de mariage. Cette circonstance est invoquée dans une des causes mentionnées au No. 297.

319. En droit canonique et en droit civil, comme cela se pratiquait en France, avant l'Ordonnance de Moulins et celle de 1639, on recevait aussi la preuve par témoins des fiançailles. Mais ces Ordonnances ont retranché cette preuve orale ; la première par sa prohibition générale relative à la preuve de certaines choses (parmi lesquelles se trouvaient implicitement les fiançailles), qui ne purent depuis se faire autrement que par un écrit. L'Ordonnance de 1639, encore plus rigoureuse sur ce point porte, article 17 : " Défense à tout juge, même à ceux " d'Eglise de recevoir la preuve par témoins des promesses de " mariage, ni autrement que par écrit, qui soit arrêté en pré- " sence de quatre proches parents de l'une et de l'autre des " parties, encore qu'elles soient de basse condition." (1)

Depuis cette dernière Ordonnance, les fiançailles ecclésiastiques et les fiançailles de toute espèce, pourvû qu'elles fussent revêtues d'une forme légale, continuèrent à avoir leur effet par rapport à l'*honnêteté publique*, mais devant les tribunaux civils, celles contractées dans la forme de l'Ordonnance, eurent seules leurs effets civils.

" Par rapport à la conscience, il faut, dit le traducteur des " Institutes de Lancelot, reconnaître avec les théologiens que " l'on est tenu généralement d'accomplir les fiançailles que " l'on a contractées avec l'usage libre de sa raison et de sa " volonté, dans tous les cas autorisés par le Droit. Il en est " autrement pour les effets civils ; il n'y a que les fiançailles " contractées dans la forme prescrite par l'article 7 de l'Or- " donnance de 1639, qui aient d'exécution au for extérieur et " contentieux."

320. Comme la présente Section se rapporte aux effets civils des fiançailles, et que l'Ordonnance de 1639 est en force dans le Bas-Canada, nous devons conclure de cette recherche sur

(1) La dernière partie de cet article 17 de l'Ordonnance de 1639 a été insérée en dérogation à l'article 40 de l'Ordonnance de 1629, qui avait soustrait à la règle exigeant un écrit en fait de mariage, les gens de basse condition. Voici ce que porte ce dernier article : " Nous défendons à tous " juges même à ceux de Cour d'Eglise, de recevoir à l'avenir aucune " preuve par témoins et autres que par écrit en fait de mariage, fors et ré- " vé entre personnes de village, basse et vile condition."

la manière dont peut se faire la preuve des fiançailles, que cette preuve ne peut être faite que d'après cette dernière Ordonnance ; et que toute autre preuve bien que reconnue autrefois et aujourd'hui encore par le droit canonique et par le droit civil pur, distingué ici de la jurisprudence, ne peut être valable qu'au moyen d'un écrit arrêté au vœu de cet article.

Cet article 17 de l'Ordonnance de 1639 parle de la présence de quatre des proches parents de l'une et de l'autre des parties, mais cette disposition n'a jamais été observée à la rigueur dans la pratique. L'article ne parle pas non plus de la reconnaissance faite des fiançailles, en justice. Il n'en est cependant pas moins certain, que pour ce cas, comme pour tous les autres dont la preuve testimoniale ne peut se faire par témoins, l'aveu judiciaire supplée à l'écrit.

La solution de la présente Question est donc, que sur action en dommages et intérêts civils, pour inexécution ou rupture de promesses de mariage ou de fiançailles, la preuve de ces promesses ou fiançailles quand elles sont niées, doit être une preuve directe ; qu'on ne peut y suppléer par une preuve indirecte consistant en présomptions résultant des circonstances, pas même par la preuve symbolique de la dation et réception des arrhes et de la tradition de l'anneau, et que cette preuve directe de la promesse ne peut être faite par témoins, mais qu'elle doit être établie par un écrit faisant foi d'une promesse de s'épouser, *acceptée*, *volontaire*, *sérieuse*, *délibérée*, *libre et réciproque*, *entre personnes déterminées el habiles en droit à contracter mariage ensemble.* Ce qui est la définition qu'en donne Schmalzgrueber déjà plusieurs fois cité, De Sponsal. pars. I, T. 1, No. 8, *promissio*, *acceptata*, *voluntaria*, *seria*, *deliberata et libera ; mutua signoque sensibili expressa futuri matrimonii*, *inter personas determinatas*, *ac jure habiles.*

Les jurisconsultes ne définissent point ces promesses de mariage par ces paroles mêmes, mais il n'en est pas moins certain qu'ils ne reconnaissent comme valides, que celles qui renferment la substance de ces conditions.

Troisième Question.

Quelles sont les causes de dissolution des fiançailles, comment elles se dissolvent, et quels sont les cas légitimes de dissolution, c'est-à-dire les cas où cette dissolution n'emporte aucune peine et ceux où elle produit des peines.

SOMMAIRE.

321. Les fiançailles forment un contrat d'une espèce particulière, dont le point principal de dissemblance avec les autres contrats, est que l'exécution n'en peut être compulsoire. Les fiançailles peuvent être dissoutes pour dix causes exprimées par trois vers.
322. Explication de ces vers.
323. Les causes de dissolution des fiançailles sont comme les empêchements de mariage, absolues ou relatives. Distinctions à ce sujet.
324. Causes absolues de dissolution. Un mariage subséquent.
325. Suite. L'ordination et la profession religieuse.
326. La survenance d'un empêchement dirimant.
327. Causes de dissolution qui sont du fait de l'homme. Le consentement mutuel.
328. La fornication. Faveur de ce moyen. La fornication peut être invoquée comme cause de nullité des fiançailles, quand même la fiancée a succombé par violence.
329. Cette cause opère d'après le principe du droit commun suivant lequel, la chose qui doit être livrée reste aux risques de celui qui doit la livrer jusqu'à la tradition.
330. La fornication commise par les deux fiancés, donne à chacun d'eux un droit égal de réclamer la dissolution des fiançailles.
331. La faute antécédente inconnue lors des fiançailles, les annulerait. Autres causes de dissolution tirées de la mauvaise conduite des fiancés.
332. Continuation des causes de dissolution. Un changement notable, *morbus*.
333. Le grand éloignement, *fuga*, le délai, *tempus*, la jactance, *vox publica*, l'âge de puberté.
334. Le fiancé innocent peut invoquer la cause de résiliation qui se trouve en la personne de l'autre fiancé ou peut y renoncer. Le fiancé coupable ne le peut pas.
335. Le fiancé qui par un commerce charnel commis avec une parente de la fiancée, a créé un lien d'affinité entre eux, ne peut, en apportant une dispense, forcer la fiancée à l'épouser. Et réciproquement pour la fiancée envers le fiancé. En droit canonique, les fiançailles ne se résolvent pas de plein droit.

336. Le Juge d'Eglise peut-il employer les peines ecclésiastiques pour vaincre la résistance du fiancé réfractaire? Les opinions sont partagées à ce sujet. L'affirmative parait certaine aux auteurs ultramontains.

337. En France on donnait, au contraire, la préférence à la négative.

338. Cette question ne nous intéresse qu'en ce qu'elle fait voir,que suivant la jurisprudence canonique, il fallait une instance pour faire résoudre les fiançailles, qui n'étaient pas résolues de plein droit.

339. L'usage n'a pas introduit devant nos tribunaux cette Demande,qui y est remplacée par l'action en dommages et intérêts pour rupture de promesse de mariage. Le résumé de la troisième Question, est que le fiancé est passible de peines au civil, chaque fois qu'il i'eût été suivant le droit canonique.

COMMENTAIRE.

321. Les promesses de mariage sont soumises aux règles générales des conventions, mais elles constituent une convention d'une espèce particulière, ayant des caractères qui lui sont propres, tant dans son exécution que dans sa formation ; ce que nous venons de voir.

Un des caractères distinctifs des promesses de mariage est qu'à la différence de plusieurs autres contrats, l'exécution n'en peut être compulsoire, en ce que l'on ne peut forcer les fiancés à contracter mariage contre la volonté des deux ou de l'un d'eux ; l'inexécution de la promesse produisant simplement des peines, pendant que dans d'autres cas, malgré la maxime que, *nemo ad factum præcise cogi potest*, le jugement peut servir d'exécution à la promesse, et que de leur nature ces promesses sont dissolubles pour causes déterminées par le droit ou produites par le fait des parties. C'est ce qu'exprime Lancelot en ces termes Lib. II, Tit. X, § 15. *Dissolvuntur Sponsalia aut ipso jure, aut facto hominis.*

Nous avons cité la plus grande partie de ces causes de dissolution sur l'empêchement des fiançailles, No. 165, auquel nous renvoyons tant pour leur énumération que pour leur explication. Il nous faut cependant entrer dans quelques autres détails. Nous avons signalé ces causes comme étant au nombre de cinq. 1o. Le consentement mutuel des fiancés ; 2o. le mariage contracté par un des fiancés avec une autre

personne ; 3o. le choix de l'état ecclésiastique ou religieux ; 4o. L'infidélité de l'une des parties ; 5o. un changement notable. Certains auteurs en ajoutent un sixième qui est la survenance d'un empêchement de mariage entre les fiancés D'autres en portent le nombre à dix, exprimées par les trois vers suivants qui sont d'Eustache du Bellai, évêque de Paris :

Crimen, dissensus, fuga, tempus et ordo, secundas,
Morbus et affinis, vox publica, cumque reclamant :
Quodlibet, istorum sponsalia solvit eorum.

322. C'est-à dire, que ces trois vers expriment tous les moyens de dissolution des fiançailles. Le mot *dissensus* répond à la volonté contraire des parties ou à la dissolution des fiançailles par consentement ; *crimen* signifie l'obstacle résultant du commerce charnel de l'un des fiancés avec une autre personne que l'autre fiancé ; *fuga*, une longue absence ; *tempus*, l'expiration du terme apposé à la célébration du mariage ; *ordo*, l'ordination, *secundas*, le mariage avec un autre que le fiancé ou la fiancée, *morbus*, un changement notable dans l'état des parties, *affinis*, l'alliance survenue, *vox publica*, la jactance d'un commerce déshonnête, *cumque reclamant ;* ces mots s'appliquent aux fiançailles des impubères, qu'ils ne veulent pas ratifier quand ils sont parvenus à l'âge de puberté.

Ainsi aux six causes de dissolution que nous avons énumérées, il convient d'ajouter quatre autres, savoir : la longue absence, l'expiration du temps fixé pour la célébration du mariage, la jactance d'un commerce illicite, et le refus par les fiancés devenus pubères ou l'un d'eux, d'accomplir des fiançailles contractées pendant l'impuberté des deux ou de l'un d'eux.

La cause de dissolution que nous avons désignée, sous la rubrique générale d'*empêchement au mariage survenu depuis les fiançailles*, est dans les vers que nous avons cités, indiquée sous le terme d'*alliance*, *affinis*. L'auteur de ces vers a trop étroitement restreint cette cause de dissolution à cet empêchement particulier, qui pour être le plus fréquent, n'est pas le seul.

323. Nous venons de dire que les fiançailles sont résolues par

le *droit* ou par le *fait* de l'homme. On pourrait dire ici par application des règles du droit civil qui font une distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues, que certaines causes opèrent la résolution des fiançailles de plein droit et les autres les rendent seulement dissolubles.

Les causes de droit opèrent la nullité absolue des fiançailles, même malgré la volonté des fiancés, en ce que ces causes empêcheraient le mariage de se contracter validement entre eux, tels sont le mariage avec une autre personne postérieurement aux fiançailles, l'ordre, le vœu solennel de religion, et une alliance ou affinité survenue entre elles dans les degrés prohibés pour le mariage. C'est ce que l'auteur des Institutes canoniques exprime en ces mots à l'endroit cité en dernier lieu : *Ipso jure tunc dicuntur sponsalia dissolvi, ut cum nullâ habitâ ratione voluntatis et consensus partium, ex certâ superveniente causâ distrahuntur : ut ex contractu matrimonii, sacrorum ordinum susceptione, religionis ingressu, cognationis interventu.*

Les causes de résolution relatives ou qui opèrent par le fait de l'homme, sont celles qui, sous l'autorité du droit, résolvent les fiançailles dans les autres cas que ceux qui viennent d'être mentionnés. C'est ce que l'auteur exprime de la manière suivante au paragraphe 19 du même livre II, Tit. X : *Facto hominis dissolvuntur sponsalia, vel contrario utriusque contrahentis consensu, vel cum legitimâ emergente causâ dissolutio alterius tantùm voluntati permittitur : Veluti ex fornicatione, absentia, membrorum amissione, incurabilis morbi interventu.*

Il est vrai que l'on pourrait dire rigoureusement, que toutes les causes de dissolution des fiançailles sont du fait des parties, puisqu'elles donnent elles-mêmes lieu à celles qu'on appelle de droit, mais celles-ci sont moins prochaines, et opèrent la dissolution malgré les deux parties : *Quiâ jus dissolvit etiam quod homo nolit.*

324. Nous allons d'abord parler brièvement des causes de dissolution de droit ou absolues, nous parlerons ensuite des autres, c'est-à-dire des causes relatives ou dépendant du fait de l'homme.

Le mariage, l'ordination, le vœu solennel de religion et la survenance d'un empêchement dirimant sont les causes de dissolution de la première espèce ; parcourons-les brièvement.

1o. *Le mariage.* Il est clair que le mariage d'un des fiancés avec une autre, lequel peut se contracter validement, bien qu'il ne soit pas licite, à cause de la rupture de la promesse, dissout les fiançailles en rendant impossible l'union conjugale entre les fiancés. Il rend ce mariage illicite, quoique non invalide, puisque l'empêchement des fiançailles, distingué ici de l'empêchement d'honnêteté publique, n'est qu'un empêchement prohibant, et en conséquence expose le fiancé infidèle à des peines ecclésiastiques. Nous parlerons plus tard des peines civiles, parmi lesquelles figure l'action en réparation d'injure et en dommages et intérêts, que le fiancé resté fidèle a contre l'autre fiancé qui a violé sa foi en passant à un autre mariage, bien entendu sans raisons valables.

Le paragraphe 16, du Livre 2, Tit. X, des Institutes pose en maxime cette dissolution des fiançailles par le mariage de l'un des fiancés.

325. 2o. *L'ordination et la profession religieuse.* L'ordination et l'entrée dans un ordre religieux produit aussi la dissolution des fiançailles.

Institutes, paragraphe 17 : " De même dans un cas diffé-
" rent la susception des ordres sacrés et la profession religieuse
" rompent les fiançailles. Mais celui-là agirait plus sagement,
" qui après avoir promis sous serment à une fille de l'épouser,
" satisferait premièrement à son serment sans en venir à la
" copulation et entrerait ensuite en religion."

L'ordination et les vœux de religion donnent lieu à la dissolution des fiançailles, parce que suivant le droit ecclésiastique, les promesses de mariage qui ne sont pas le mariage même, renferment toujours la condition tacite, qu'elles ne subsisteront qu'en cas que les fiancés ne soient pas appelés à un état meilleur, c'est-à-dire aux ordres sacrés ou à la vie religieuse.

Le vœu solennel rompt incontestablement les fiançailles. En est-il ainsi du vœu simple ? du simple vœu de chasteté par

exemple ? Cette question n'est pas sans importance en ce pays, où il existe un nombre considérable de congrégations, de couvents et d'ordres religieux à vœux simples. Après avoir contracté des fiançailles, peut-on entrer licitement en religion dans une de ces communautés ? Nous ne parlons que dans le for extérieur et contentieux, et sous le rapport des peines civiles ; la licité ou illicité de la rupture des fiançailles en ce cas, sous les rapports de la conscience et du for pénitentiel, sont du ressort de la théologie.

Cependant comme la question même sous le rapport de la responsabilité civile, en est une qui doit être décidée par les principes du droit canonique, car c'est d'après ce droit que sont réglés les effets de tous les vœux, nous devons dire que, le vœu simple de chasteté dans une de ces communautés reconnues par l'autorité ecclésiastique rompt les fiançailles, mais qu'il est douteux qu'il en soit ainsi quand ce simple vœu est fait en dehors de ces communautés. (V. Carrières de Matrimonio, p. 3, de matrimon. c. 1, No. 372. Collet, No. 319 et suiv.)

326. 3o. *La survenance d'un empêchement dirimant.*

Un lien d'affinité survenant après les fiançailles entre les fiancés, comme par exemple si le fiancé avait un commerce charnel avec la sœur, la fille ou la mère de la fiancée, romprait aussi les fiançailles, parce que ce commerce charnel produirait un empêchement dirimant entre les fiancés. Il en est de même de la parenté spirituelle qui se contracterait entre eux, comme si le fiancé tenait sur les fonds de baptême la fiancée elle-même, (éventualité non-invraisemblable dans un pays de croyances mixtes où se font de nombreuses conversions), avec ou sans connaissance du lien spirituel ainsi produit, soit un enfant né d'un premier mariage de la fiancée ou même né en dehors du mariage, ou lui servait de parrain de confirmation et réciproquement pour la fiancée à l'égard du fiancé.

Il en serait de même de l'impuissance survenue à l'un des fiancés depuis la promesse, de la perte de raison pour aucune cause quelconque. En un mot, de toute cause, excepté toujours l'empêchement du défaut d'âge, *impedimentum ætatis*, laquelle

empêcherait le mariage de se contracter validement, pourvu que cette cause fut survenue depuis les fiançailles. Car si aucune de ces causes était en existence à l'époque des fiançailles, elles auraient empêché les fiançailles de se contracter validement.

327. Les causes de dissolution qui sont du fait de l'homme sont :

4o. *Le consentement mutuel.*

Quand l'une des parties ne veut pas consentir à la dissolution des fiançailles, l'autre ne peut hors les cas autorisés par le droit, à son préjudice et impunément désavouer sa promesse. Mais quand les deux fiancés y consentent, personne n'a intérêt à les unir par le mariage malgré eux et il leur est libre de se délier mutuellement, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans la considération des mauvais effets de la contrainte.

Quelque grand que soit l'engagement des *fiançailles*, cela n'empêche pas, dit St. Augustin, que les fiancés ne soient en droit de se relâcher mutuellement de leur promesse, et leur serment n'y met pas obstacle. Telle est la disposition du droit canon : *Per quascumque causas res nascitur, per eas dissolvatur* Reg. jur., in 6o.) *Si autem se ad invicem admittere noluerint ut fortè deterius indè contingat ut talem scilicet ducat quam odio habet, videtur quod ad instar eorum qui societatem interpositione fidei contrahunt, et postèa eamdam remittunt, hoc possit in patientiâ tolerari.* (*C. Prætereâ, de Sponsalibus.*)

328. 5o. *La fornication, crimen*, commise par aucun des deux fiancés, résout aussi les fiançailles.

Cette cause de dissolution est ainsi exprimée dans les Institutes, § 21. " Les fiançailles sont quelquefois résolues par la " volonté contraire d'un seul des fiancés comme si quelqu'un " avait juré de prendre une telle pour femme, et que celle-ci " eut fait ensuite une faute ; car bien que le fiancé ne puisse " alléguer contre sa fiancée des fautes antérieures aux fiançailles, celles qui les ont suivies l'autoriseraient à ne point satisfaire à son serment, lequel est censé avoir été fait sous cette " condition, que la fiancée ne fasse rien contre l'honneur des " fiançailles ; car si en vertu de ce serment la fiancée vit

" dans la prostitution, ce serait quelque chose d'absurde de " forcer le fiancé à l'épouser ; d'autant que si pour le même " sujet un mari peut se séparer d'avec son épouse, combien " plus un simple fiancé doit-il être fondé à ne pas prendre, " dans un pareil cas, sa promise pour sa femme ? "

Le moyen de dissolution dont il est parlé dans ce paragraphe est de tous le plus favorable, et le plus susceptible d'extension. La partie innocente et fidèle peut si bon lui semble, passer outre et réclamer l'exécution des fiançailles, nonobstant la faute et l'infidélité dont l'autre s'est rendue coupable, ce que ne peut pas le fiancé coupable, sa prévarication lui ayant enlevé le droit de forcer l'autre partie à exécuter sa promesse, *frangenti fidem fides non debetur ;* mais si cette partie fidèle veut retirer sa parole, elle le peut non-seulement dans le cas d'une fornication certaine et prouvée, mais quand il n'y aurait que des familiarités capables pourtant de faire naître des soupçons ; quand même, ce qui est remarquable et peut paraître injuste, la fiancée n'aurait succombé que par violence. (1) *Cum per violentiam opprimatur, non est cogendus quis contrahere bigamiam ; Si sine culpâ hic sponsa punitur, non vero sine causâ. Abb. in l. Quemadmodum, de jurejur. Cap. Raptor et seq.* 27, *q.* 2.

329. Cette règle n'a rien d'exorbitant du droit commun. C'est le principe ordinaire des promesses de faire un contrat, que le risque de la chose soit à la perte de celui qui doit la livrer et à qui le soin de la conserver incombe jusqu'à la livraison. Celui-ci doit supporter les risques de la force majeure et du cas fortuit. Dans ces sortes de promesses, la clause *nisi vilior res evaserit* est toujours sous entendue. Je vous promets d'acheter un navire, quand je le requerrai. Dans l'intervalle le navire est sans votre faute désemparé et brisé sur la côte. Est-ce que vous pouvez me forcer à tenir ma promesse ?

Quelques-uns exceptent les fautes qui ont précédé les fiançailles, parce que suivant l'axiome de droit, on doit connaître

(1) Le cas de la fiancée qui succombe par violence tombe pourtant plus naturellement sous la rubrique du *changement notable* dont il sera question plus bas, No. 332, que sous celle du crime *crimen,* puisqu'ici il n'y a pas faute de la part de la fiancée à qui l'on a fait violence.

ceux avec qui l'on contracte. *Contrahens non potest allegare debitorem suspectum propter paupertatem præcedentem, seu mores præcedentes.*

Mais l'opinion contraire prévaut, au cas bien entendu où la fornication commise par un fiancé avant les fiançailles, aurait été inconnue de l'autre lors de la promesse. En effet le juste soupçon sur la fidélité future du fiancé coupable avant le mariage, et la preuve de son incontinence qui sont les causes principales de dissolution pour fornication après les fiançailles, existent également par rapport à la même faute commise avant. Cette faute imprime une égale indignité aux fiancés et une même souillure au mariage. (*Schmal. de spons.*, p. 1, t. 1, Nos. 175, 176.

330. Malgré l'opinion assez commune (Billuart, dist. II, art. 5, p. 238. Liguori, No. 862. Collet, No. 290) qui, dans le cas de fornication commise par les deux fiancés, n'attribue qu'au fiancé le droit de faire résilier les fiançailles, Schmalgruber, No. 167. Kupler de spons. part. III, quest. VII, No. 89 et suiv. Carrières, No. 374, tiennent l'opinion contraire, et les tribunaux civils devraient certainement juger en ce dernier sens.

La raison donnée par les partisans de la première opinion est qu'il n'y a pas parité de délits entre la fornication de la fiancée et celle du fiancé. Bien que cette différence soit admise et qu'en effet il n'y ait pas dans leurs conséquences, compensation entre les deux transgressions, n'en est-il pas moins certain, que le fiancé qui manque à la fidélité des fiançailles renonce à son droit de se plaindre de celle de sa fiancée, aussi bien que cette dernière et qu'un droit ainsi éteint ne peut plus revivre par la faute du second. La fornication du fiancé a précédé celle de la fiancée et il a perdu son droit de demander la dissolution des fiançailles, ou la faute de la fiancée a précédé celle du fiancé et il a couvert la faute de la fiancée par la sienne.

Au reste, devant les tribunaux on n'aurait guère d'égard à toutes ces distinctions, et en appliquant une règle commune aux deux fiancés, on dirait par rapport à la faute de l'un ou de l'autre, commise après les fiançailles, que ces

fiançailles ont été contractées sous la condition tacite, que l'un et l'autre exécuteraient le contrat en se gardant une fidélité mutuelle, et que l'inexécution de cette condition a emporté l'annulation du contrat. Quant à la transgression commune, la règle des compensations ne pourrait s'appliquer, et hormis accord mutuel et pardon réciproque de l'offense, aucune des parties ne pourrait forcer l'autre à exécuter les fiançailles.

331. Pour ce qui est de la faute antécédente commise par l'un ou par l'autre et inconnue lors des fiançailles, ce serait dans le sens de l'article 1522 du Code Civil, un vice caché qui annulerait le contrat, si d'après les circonstances, il apparaissait que la partie innocente, n'aurait pas consenti à la promesse de mariage si elle l'avait connue.

Nous n'avons jusqu'ici parlé que de la fornication, mais il ne serait pas nécessaire pour produire les effets que nous avons signalés, qu'il y eut preuve du commerce charnel, si les circonstances en rendaient probable la perpétration, révélaient la disposition de la commettre, ou témoignaient de l'incontinence ou du dérèglement des mœurs de la partie en faute.

Le point de fait qui se trouvera au fond de chacune de ces questions sera toujours de savoir, si la partie innocente ayant connu la mauvaise conduite de l'autre partie antécédemment aux fiançailles, ou ayant supposé celle qui les a suivies, se serait engagée à contracter mariage ?

Naturellement il n'y a pas que l'incontinence précédant ou suivant les fiançailles qui puisse en produire la résolution, et à laquelle les règles ci-haut doivent être appliquées. Tout acte criminel, une condamnation judiciaire, une note d'infamie, toute flétrissure, toute honte, tout dérèglement inconnus lors des fiançailles ou qui plus tard viendraient les souiller, et qui seraient de nature à inspirer des craintes légitimes pour la fidélité conjugale, et justifier la légitime répugnance de l'époux innocent à contracter le mariage, seraient dans sa bouche, un motif suffisant pour refuser d'exécuter les fiançailles.

Les tribunaux ayant devant les yeux la dignité du mariage, le respect que les fiancés se doivent mutuellement, et la fidélité qu'ils se sont jurée, sauront toujours discerner la faute de

l'apparence et les degrés de cette faute. En même temps qu'ils ne rompront pas à la légère des promesses sérieusement arrêtées, ils ne maintiendront pas non plus celles qui n'ont pas été respectées, et dans l'intérêt général des mœurs, celui des époux et de la dignité de l'union conjugale, ils ressèreront ou relâcheront le lien des fiançailles suivant les circonstances. Leur pouvoir en cette matière est en grande mesure un pouvoir discrétionnaire.

332. 6o. " *Un changement notable*, *morbus :* ce changement peut arriver en plusieurs manières."

a. " Dans l'esprit ; si un promis tombe en démence ou dans un état qui en approche et qui autorise une séparation entre mari et femme (*C. Quemadmodum de Jurej.*) ; s'il survenait des dégoûts, des antipathies, des haînes insurmontables et de grandes oppositions entre les parties."

b. " Dans les biens du corps. Le pape Innocent III décide clairement que, quoique les défauts du corps ne donnent pas lieu à la dissolution d'un mariage, ils autorisent la dissolution des *fiançailles*, parce que, dit le cardinal d'Ostie, la promise n'est plus en état de plaire à son promis, selon la fin pour laquelle Dieu permet le mariage. Si l'on contraignait, dit saint Thomas, un homme à épouser une fille qui serait devenue toute difforme et désagréable à ses yeux, ce serait peut-être l'engager dans le libertinage. (*C. Quemadmodum de Jurej.*)"

c. " Le changement dans les biens de la fortune, s'il est notable, donne lieu à la dissolution. L'ignorance même de certains dérangements, découverts dans la suite, autorise cette dissolution, à moins qu'avec toutes ces connaissances, les fiancés ne continuassent à se voir et à se fréquenter comme à l'ordinaire."

333. 7o. " *Le grand éloignement*, *fuga*, quand l'un des fiancés quitte le pays, et en est absent depuis longtemps, sans avoir donné de ses nouvelles à sa promise, il semble céder son droit, retirer sa parole, et lui permettre de se marier à sa volonté. (*C. De illis*, *de Spons.*) Les lois canoniques demandent deux ans d'absence ; mais la pratique des officialités est de permettre à une fille fiancée de se marier à qui bon lui semblera, quand

les parties ont laissé écouler une année sans s'écrire, ni donner aucune marque de la volonté d'accomplir leurs promesses réciproques."

8o. " *Le délai*, *tempus ;* lorsqu'un des fiancés diffère l'exécution de sa promesse, au-delà du temps qu'ils s'étaient mutuellement prescrit. (*C. Sicut*, *de Spons.*, *J. G.*)"

9o. " *La jactance*, *vox publica :* si le fiancé se vante d'avoir connu déshonnêtement sa fiancée."

10o. "*L'âge de puberté*, *cùmque reclamant ;* quand deux enfants impubères se sont fiancés, leurs *fiançailles* sont dissoutes quand, étant parvenus à l'âge de puberté, ils ne veulent pas ou l'un des deux ne veut pas ratifier leurs promesses. (*C. de illis*, *de Despons. impub.*)"

(La sixième cause de dissolution des fiançailles et les suivantes jusqu'à 10o., sont textuellement empruntées à M. l'Abbé André, Cours de Droit Canon, Vo. Fiançailles, tome 3, pages 425 et 426.)

334. Après avoir parcouru les causes de dissolution des fiançailles, et avant d'énumérer les cas où cette dissolution ou ce refus de les exécuter donnent lieu à des peines contre le fiancé en défaut, et ceux où cette rupture et ce défaut peuvent avoir lieu sans peines, il convient de remarquer en premier lieu, que le fiancé qui après avoir connu les transgressions de l'autre fiancé, les souffre en silence, continue à entretenir les rapports qu'entraînent les fiançailles, et témoigne de sa disposition à les exécuter, perd le droit de s'en plaindre et est censé les avoir pardonnées, de manière à rester lui-même obligé de contracter mariage comme si ces transgressions n'avaient pas eu lieu ; et en second lieu que le fiancé coupable ne peut jamais invoquer sa faute pour rompre lui-même les fiançailles qu'il reste toujours tenu d'exécuter, si l'autre partie ne veut pas prendre avantage de son délit.

De ce qui précède il résulte, que le fiancé qui peut invoquer en faveur de son refus d'exécuter sa promesse, aucune des causes ci-haut énumérées, procédant de la loi ou du fait de l'homme, ne peut être tenu envers l'autre partie. Nous ne parlons ici que des peines civiles ; les peines spirituelles que

l'Eglise impose dans certains cas contre ceux qui refusent de remplir leur promesse, surtout quand elle a été faite sous serment, et même quand ils ont des raisons légales pour se dispenser de l'accomplir, n'entrent pas directement dans notre sujet.

Ainsi le fiancé qui est entré dans les ordres ou en religion, même dans une communauté à vœux simples, celui qui invoque un empêchement dirimant survenu sans son fait depuis les fiançailles, qui se refuse au mariage parce que l'autre fiancé s'est absenté pendant une période de temps reconnue comme cause légitime de dissolution, qui apporte pour excuse un changement survenu dans la personne de l'autre fiancé, la fornication consommée avant ou après les fiançailles, la jactance de l'autre partie, de même que l'impubère devenu pubère qui refuse d'exécuter l'engagement contracté pendant l'impuberté ne sont sujets à aucunes peines pour rupture des fiançailles.

Dans tous ces cas, excepté naturellement ceux où il existe des causes de droit, telles que l'ordination, l'entrée en religion et l'empêchement dirimant survenu depuis, lesquels invalideraient le mariage, le fiancé qui peut invoquer une cause légitime de dissolution, peut renoncer à son droit, et consentir au mariage. En ce cas le fiancé coupable ou dans la personne duquel est survenue une cause de résiliation, ne pourrait se soustraire à son obligation en invoquant le fait qui lui est personnel. Ce serait lui accorder le bénéfice de sa fraude à la convention. *Nemini fraus patrocinari potest.*

335. Une observation trouve sa place ici par rapport à l'empêchement d'affinité survenu depuis les fiançailles. Le fiancé ou la fiancée qui par un commerce charnel commis avec une parente ou un parent de l'autre partie, fournit à cette dernière une cause de résiliation, ne pourrait pas la forcer à contracter mariage en lui procurant une dispense de l'empêchement. La raison en est évidente. Outre cet empêchement que la dispense pourrait couvrir, resterait la fornication qui offrirait à l'autre partie une juste cause de rupture de la promesse.

Mais si celle-ci renonçant à son droit, offrait elle-même cette

dispense, pourrait-elle forcer le coupable à tenir sa promesse? L'affirmative nous paraît certaine. La dispense faisant disparaître l'empêchement, les fiancés se trouveraient dans le cas simple d'une cause de dissolution que le fiancé innocent a le droit de pardonner; et en le faisant, il pourrait forcer le fiancé coupable à exécuter les fiançailles.

Les fiançailles en thèse générale, ne se dissolvent pas de plein droit, quelque nulles qu'elles pourraient être. (1) Le juge d'Eglise doit connaître de leur validité ou de leur invalidité, et prononcer en conséquence. Dans les pays où il existe des tribunaux ecclésiastiques, ce juge est l'official, devant lequel la partie qui veut faire exécuter les fiançailles cite le fiancé réfractaire. Sur cette citation, la première question à vider touche au fait des fiançailles elles-mêmes. Si la partie assignée en convient, ou si elles sont prouvées, (il fallait en France que ce fut par un écrit, aux termes de l'Ordonnance de Moulins et de celle de 1639 ci-haut citées, nulle preuve testimoniale n'étant admise, comme nous l'avons déjà dit), l'official entre en connaissance de cause, sur la question de savoir si elles ont été légitiment contractées, et s'il n'est pas survenu depuis aucun juste sujet d'en dégager la partie qui refuse de les exécuter. Si les fiançailles sont trouvées valides, l'official tâche de vaincre le refus du fiancé infidèle à sa promesse par des exhortations et les moyens de persuasion qu'il croit les plus efficaces, et s'il ne réussit pas, force lui est de déclarer les fiançailles dissoutes, parce que dans un cas semblable, on considère qu'il résulterait un plus grand mal d'un mariage contraint que de la dissolution des fiançailles.

336. Sur la question de savoir si pour contraindre la résistance du fiancé, le juge d'Eglise peut employer l'excommunication ou autres peines spirituelles, qu'il doit épuiser, avant de dissoudre les fiançailles, les opinions des canonistes paraissent partagées. (S. Lig. No. 846.) Il existe sur ce point deux décrétales. La première est d'Alexandre III, donnée en 1181, *cap*

(1) Il existe à cet égard des exceptions et c'est pour cela que nous disons *en thèse générale.* Mais ces exceptions sont soumises à des distinctions qui ne trouveraient pas utilement leur place ici.

ex Litteris, *de Sponsalib. et matrim.*, qui décide que la partie en défaut doit être contrainte par les censures ecclésiastiques. *Si non acquieverit monitis*, *ecclesiastica censura compellas.* La seconde est de Luce III, *cap. Requisivit XVII*, *ibid*, qui déclare qu'elle doit plutôt être exhortée que contrainte, *monenda est potius quam cogenda*, " parce que les mariages devant être " plutôt laissés libres que contraints, les contraintes de ce " genre ont ordinairement et fréquemment des résultats fâ- " cheux "; *quum coactiones hujusmodi difficiles soleant exitus frequenter habere. Libera debent esse de jure matrimonia*, est-il dit auparavant.

Quelques-uns ont prétendu que la seconde décrétale étant de 1182 et postérieure à la première, avait eu pour effet de l'abroger, ce qui paraît cependant peu vraisemblable puisqu'elles se trouvent toutes deux au Corps du Droit. On a cherché à concilier les deux textes en les interprétant comme voulant dire ou que la partie doit être exhortée avant d'être contrainte, ou qu'elle ne doit être contrainte que dans les cas où elle n'invoque pas de causes raisonnables au soutien de son refus.

Cette question qui avait offert un nouveau sujet de controverse entre les auteurs gallicans et les ultramontains, est cependant décidée par ces derniers dans le sens de la première décrétale. V. S. Lig. loco citato. Schmal. 92 et suiv.

337. En France, au contraire, on donnait la préférence à la première, celle d'Alexandre III, et il paraît d'après les auteurs, que redoutant de gêner par là la liberté des mariages, on n'y employait pas les censures. (Carrières, No. 369).

Pothier rend ainsi compte de la pratique qui s'observait de son temps, Contrat de Mariage, No. 51. " Lorsque les promesses " sont admises ou prouvées, l'official entre en connaissance de " cause, si l'engagement a été valablement contracté, et s'il " n'est survenu depuis aucun juste sujet d'en dégager la partie " qui l'a contracté. Lorsque l'official trouve l'engagement vala- " ble, il prononce que les fiançailles sont valables, et il exhorte " la partie à remplir son engagement ; mais il ne peut la con- " damner à l'exécution, ni l'y contraindre par censures ecclé-

" siastiques. S'il le faisait, il y aurait lieu à l'appel comme d'a-
" bus : Arrêt du premier juin 1638, rapporté par Bardet, tome 2,
" liv. 7, chap. 21. Nous avons rejeté en France le chapitre 10,
" *Extr. de Spons.* qui permet aux juges d'Eglise d'employer cette
" voie. Parmi nous l'official doit se contenter des voies d'ex-
" hortation ; et si la partie persiste dans son refus, il doit pro-
" noncer la dissolution des fiançailles, en lui imposant une
" pénitence pour son manque de foi, qui consiste dans quel-
" ques prières, ou légères aumônes. Ce manque de foi doit
" être toléré comme un moindre mal, pour éviter de plus
" grands maux que pourrait occasionner un mariage qui serait
" contracté par contrainte ; *Can. requisivit* 17, *Extr. de Sponsal.*"
Merlin, *Rép.* Vo. *fiançailles*, *tome* 6, *No.* 6.

338. Cette question qui en ce pays où il n'existe pas de tribunaux ecclésiastiques du for contentieux, ne peut avoir d'intérêt pratique, est cependant remarquable en ce qu'elle fait voir, que suivant la jurisprudence canonique, en France du moins, il fallait une instance pour faire résoudre les fiançailles, excepté cependant que suivant quelques auteurs, elles étaient résolues de plein droit pour certaines causes publiques et notoires, et que dans les cas où la partie n'était pour des raisons canoniques excusable de son refus d'exécuter les fiançailles, elle était soumise à une peine ecclésiastique plus ou moins grave.

Pour ce qui est de la dissolution même des fiançailles, nulles pour *causes de droit* ou par le *fait de l'homme*, nous dirions en jurisprudence civile, nulles de nullité absolue ou annulables pour nullités relatives, l'usage canonique de cette résiliation ou prononciation de nullité, n'a rien qui soit inusité en droit civil, où quelque nul que soit un contrat, il faut que l'invalidité ou la résolution en soit prononcée par jugement. C'est le même principe dans les deux droits.

La juridiction des tribunaux ecclésiastiques était une juridiction mixte, c'est-à-dire de compétence spirituelle et temporelle, et les officialités qui prononçaient des peines ecclésiastiques prononçaient aussi des peines civiles à raison de la rupture des fiançailles.

339. Cette Demande en résolution de fiançailles n'existe pas, il n'est pas besoin de le dire, devant nos tribunaux de juridiction toute civile, qui ne connaissent que de l'action en dommages et intérêts, désignée dans notre pratique sous le nom technique d'action de dommages pour *rupture de promesses de mariage*, *breach of promise of marriage.*

Que cette action constitue au civil, le seul recours autorisé par nos usages judiciaires, la chose n'est pas douteuse.

En dérogation à la règle canonique suivie dans les autres pays, la maxime suivie en France était que les officialités ne pouvaient prononcer que sur les peines spirituelles, et non sur les peines civiles telles que les dommages et intérêts qui étaient de la compétence privative des tribunaux séculiers. Pothier, No. 49 *in fine.* " Les juges d'Eglise peuvent aussi connaître " des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connaître seule- " ment de leur validité ou de leur invalidité, et non des dom- " mages et intérêts."

En résumé de la dernière partie de notre troisième Question, qui consiste à savoir quand le fiancé qui refuse d'exécuter les fiançailles est passible de peines au civil, nous affirmons comme principe fondamental, sur lequel est basée notre Réponse, qu'il est passible de ces peines chaque fois que d'après le droit canonique qui fournit les règles sur la substance des fiançailles, les obligations qu'elles entraînent et leurs causes de résolution, il est en faute. Ce qui cependant, n'exclue pas, comme nous allons le voir, l'action du droit civil qui sur ce point, concorde avec le droit canonique dont il reconnait les principes.

Quatrième Question.

Quelles sont ces peines et quand consistent-elles en dommages et intérêts civils encourus par la partie qui rompt injustement les fiançailles ?

SOMMAIRE.

340. Les peines civiles résultant de l'infraction des promesses de mariage sont la perte des arrhes, la restitution des présents de noces et le paiement des dommages et intérêts. Développement. Les arrhes.
341. Présents de noces. Disposition du droit romain avant et après Constantin à cet égard. Ancienne jurisprudence française. Le fiancé en faute doit perdre les arrhes et les présents de noces qu'il a donnés et faits et il doit rendre ceux qu'il a reçus.
342. Le point culminant de la présente Section Spéciale touche aux dommages et intérêts. La proposition que l'inexécution d'une promesse de mariage donne lieu à des dommages et intérêts est prouvée par une foule d'arrêts. Arrêts cités.
343. Autres arrêts.
344. Les auteurs sous l'ancien droit étaient unanimes sur la responsabilité en dommages et intérêts des fiancés en faute. Quelques esprits novateurs l'ont seuls niée, se fondant sur l'immoralité prétendue des promesses de mariage.
345. Citation de Pezzani.
346. Suite.
347. *Junge* Duranton, le Répertoire du Palais, deux arrêts en Cassation et un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux.
348. Cette doctrine nouvelle dans le Bas-Canada, n'est qu'un effort déguisé pour conduire au divorce. Développement.
349. Les lois romaines citées pour prouver l'illicité de la promesse de mariage lui sont inapplicables.
350. Citation de Demolombe, de Toullier.
351. Suite de la citation de Toullier.
352. Suite.
353. Suite.
354. Suite et fin de cette citation.
355. Arrêts contraires à ceux rapportés au No. 347 et conclusion de la Quatrième Question.

COMMENTAIRE.

340. Les peines civiles résultant de l'infraction des promesses de mariage sont la perte des arrhes, la restitution des présents de noces et le paiement des dommages et intérêts.

Les arrhes de mariage sont ce que l'un des fiancés donne à l'autre ou ce qu'ils se donnent réciproquement comme sûreté de l'exécution de la promesse de mariage et que doit perdre celui qui manque volontairement et sans cause légitime, à son engagement. Si les arrhes sont données par un seul des fiancés à l'autre, celui qui les a données doit les perdre si le refus d'accomplir les fiançailles vient de son côté, et celui qui les a reçues doit les rendre si la faute est du sien. S'ils s'en sont données réciproquement, le fiancé en faute doit rendre les arrhes qu'il a reçues et perdre celles qu'il a données. Si les fiançailles sont rompues de consentement, chacun doit rendre à l'autre les arrhes reçues, si elles consistent en sommes d'argent à des montants inégaux, et les objets reçus en nature.

Si cependant, les arrhes excédaient de beaucoup la somme à laquelle pourraient être réglés les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de la promesse de mariage, la partie qui aurait donné ces arrhes serait en droit de les répéter, mais seulement en ce qu'elles excèderaient la valeur des dommages et intérêts que le juge doit accorder en pareil cas. C'est ce tempérament que Pothier, No. 49, et Merlin, Rép., Vo. arrhes, tome 1, page 541, enseignent comme point de doctrine, et que tous deux disent avoir été consacré par un arrêt du 20 août 1680, rapporté au Journal du Palais, sur la demande soulevée par une fiancée qui refusait de restituer les arrhes qu'elle prétendait avoir le droit de garder en entier, à cause du manque de promesse de son fiancé.

Merlin, *loco citato*, justifie ainsi cette doctrine : " Cette doc-
" trine est fondée sur ce qu'étant important pour le bien de la
" société, que les mariages soient parfaitement libres, on doit
" faire en sorte que la crainte d'une perte trop considérable
" ne force une personne à se marier contre son gré."

341. Les fiançailles sont aussi souvent accompagnées de présents que les fiancés se font réciproquement et de bagues et joyaux que le fiancé donne à la fiancé.

Suivant le droit romain avant Constantin, ces donations étaient censées pures et simples et ne se révoquaient pas par le défaut de mariage, hormis qu'il fut stipulé, ou que d'après

les circonstances, il y eut lieu d'inférer qu'elles étaient faites sous la condition que le mariage aurait lieu. *Si nuptiæ sequantur. L. 2. Cod. de Don. ante nupt.*

Par les Constitutions de Constantin, la condition *si nuptiæ sequantur* y est toujours sous-entendue ; et si le mariage manque les présents sont rendus, sauf que *si jàm osculum intervenerat*, la fiancée gardait la moitié de ce qui lui avait été donné.

Dans l'ancienne jurisprudence française, les présents qui se faisaient à des fiancés, étaient toujours censés faits sous la condition *si nuptiæ sequantur*, et hormis le cas où le mariage n'avait pas lieu par la faute du donateur, les choses données devaient être rendues. Si en ce cas, le donataire avait été mis en demeure d'accomplir le mariage, cette condition devait passer pour accomplie vis-à-vis de lui, suivant la règle de droit. *In omnibus causis pro facto, id accipitur, quoties per aliquem mora fit, quominus fiat.* L. 39. § D. de Reg. Jur. (1)

D'après ce que nous avons dit sur la Question troisième, il est évident que le fiancé qui a une juste cause de refuser le mariage, n'est pas considéré en faute ; il doit recevoir les arrhes et les présents qu'il a donnés, comme si le mariage avait manqué pour une cause étrangère à la volonté des deux parties ! La perte des arrhes et des présents a un caractère pénal et elle ne peut atteindre que celui qui, pour une cause non-justifiée, serait tenu à une peine.

La proposition converse que le fiancé par la faute duquel le mariage manque, doit rendre les arrhes et les présents qu'il a reçus et perdre ceux qu'il a donnés, paraît également indubitable.

342. Nous sommes maintenant parvenus au point culminant de cette Section, la question des dommages et intérêts. L'inexécution d'une promesse de mariage ou fiançailles donne-t-elle lieu à l'action en dommages et intérêts ?

Nous avons cherché, en remontant jusqu'aux sources du droit, dans la législation romaine et celle de l'Eglise, qui (suivant Demolombe lui-même, *Traité du mariage*, *No.* 4), était

(1) Vo. Merlin. Rep. Vo. Fiançailles, tome 5, § VIII.

presque entièrement devenue la législation de l'Etat en France, les principes qui doivent servir à résoudre cette question. Nous continuerons dans l'ancienne jurisprudence française, cette recherche entourée de difficultés.

Nous allons établir par une foule d'arrêts que la décision de cette question dans l'affirmative n'a jamais fait doute dans cette jurisprudence.

Mornac sur la loi 2, § 3, au digeste *de repudiis*, rapporte un Arrêt du 25 mai 1589, par lequel un Procureur de Chartes fut condamné en des dommages et intérêts pour l'inexécution des promesses de mariage de sa fille mineure, qui avait contracté, sous son autorité, avec un jeune avocat du même lieu.

Cet auteur rapporte au même endroit un pareil Arrêt du 19 mai 1616, contre Michelle Billard mineure condamnée à rendre les arrhes, et son père aux dommages et intérêts de Clavier.

Le Prêtre, Centurie première, chapitre 68, rapporte un troisième Arrêt du 8 mars 1608, par lequel un père fut encore condamné en des dommages et intérêts pour l'inexécution des promesses de mariage de sa fille mineure.

Autre du 28 mars 1639, par lequel il fut adjugé 12,000 liv. de dommages et intérêts à une fille qui n'avait que 6000 liv. de dot.

Cette somme avait été stipulée pour dommages-intérêts en cas de dédit. Il n'y a qu'à voir comment Monsieur l'Avocat Général Talon s'expliqua dans la cause : " il dit qu'à l'égard des majeurs une telle peine pouvait être demandée par forme de dommages et intérêts, que par la Novelle de l'Empereur Léon la stipulation en était permise, et que quoique par le Droit Canon elle fut interdite, l'une ou l'autre des parties voulant se rétracter devait être condamnée en des dommages et intérêts, mais il prétendit qu'ils étaient arbitraires. Cependant comme ils étaient fixés entre les parties, par leur promesse réciproque, la Cour n'en voulut rien rabattre, par la raison proposée par l'Avocat de la fille qui soutenait que cette peine avait pu être stipulée puisqu'elle était dûe."

Cet Arrêt se trouve au second tome de Bardet livre 8, chap.

15 ; il est encore dans les Notes de Le Prêtre à l'endroit ci-dessus cité où il en est rapporté un pareil du 9 février 1643, qui déclara valable une promesse de mariage avec stipulation de payer 4000 liv. en cas de dédit.

Soefve tome premier, centurie 3, chap. 33, rapporte un Arrêt du 10 mai 1650, rendu sur les conclusions de l'Avocat Général Talon, qui condamna un particulier en 100 liv. de dommages et intérêts pour l'inexécution de ses promesses de mariage.

Autre du 9 février 1657, sur les conclusions du même Talon, qui condamna un autre homme en 400 liv. quoiqu'il alléguât être devenu impuissant depuis ses promesses de mariage, Soefve tome 2, cent. première, chap. 54.

Autre du 29 mars 1664, par lequel sur les mêmes conclusions, Me. Pelletier, Président en l'Election de Loudun, a été condamné en 4000 liv. de dommages et intérêts envers la Damoiselle Fonteaux de Cercamanan. Soefve, second tome, cent. 3, chap. 12. Journal des Audiences, tom. 2, liv. 6, chap. 23. (1)

343. Autre du 10 décembre 1670, par lequel Me. Bourjot, Procureur au Parlement, fut condamné pour sa fille mineure en 6000 liv. de dommages et intérêts, Journal des Audiences, tom. 3, liv. 4, chap. 8.

Autre du 17 janvier 1673, sur les conclusions de Monsieur l'Avocat Général Talon, par lequel le Pot fut condamné en 6000 liv. de dommages et intérêts envers la Damoiselle Lectier

(1) Cet arrêt est ainsi rapporté au Code Matrimonial de Camus, Vol. 2, Vo. Promesses de Mariage, p. 824.

" Le sieur Pelletier, second président en l'élection de Richelieu,avait conservé sa charge, qui devait être supprimée, par le crédit d'une demoiselle de Cercamanan, avec laquelle il fit ensuite un contrat de mariage. Etant retourné dans son pays avant d'accomplir ses promesses, il y célébra un autre mariage. La demoiselle de Cercamanan en ayant été instruite, le fit assigner pour avoir des dommages-intérêts. Les premiers juges ne lui adjugèrent que 2000 liv. Elle interjeta appel de leur sentence, et il lui fut accordé 4000 liv. par arrêt du 29 mars 1664. M. l'avocat-général Talon dit, que quoique les mariages fussent libres, néanmoins après les engagements que le sieur Pelletier avait contractés, son infidélité devait être punie par des dommages-intérêts ; vû surtout que c'était un majeur et un officier."

quoiqu'il se dit impuissant, Soefve, seconde part. centurie 4, chap. 80. (1)

Autre du 9 août 1689, au profit de la Damoiselle Destran, par lequel Charité a été condamné envers elle en 6000 liv. de dommages et intérêts. Journal des Audiences, tom. 5, liv. 5, chap. 34.

Les autres Parlements du Royaume ont suivi la même Jurisprudence, suivant qu'il paraît par un Arrêt du 10 mai 1662, rendu en celui de Normandie, au profit de la Damoiselle Ludier, par lequel un fils de famille mineur qui lui avait fait une promesse de mariage, avec stipulation de 3000 liv. de dommages et intérêts en cas de dédit, fut condamné avec son père intervenant à lui payer 2000 liv. de dommages et intérêts. Cet Arrêt est rapporté par Basnage ; sur l'article 369 de la Coutume de Normandie.

Arrêt du Parlement de Toulouse du 23 février 1677, contre le sieur Canlet, condamné en 2000 liv. de dommages et intérêts au profit de la Demoiselle Lupé, quoiqu'il eut contracté mineur sans consentement, ni de curateur, ni proches parents, mais seulement assisté d'un parent éloigné.

Autre Arrêt du même Parlement du 2 mai 1679, contre la

(1) Le même Recueil, eod. Vo. page 825, rend ainsi compte de cet arrêt : " Le sieur le Pot, âgé de 77 ans, avait fait un contrat de mariage avec la demoiselle le Lectier, âgée d'environ quarante ans. Il y avait eu un ban publié ; et le jour était pris pour la célébration du mariage, lorsque le sieur le Pot fut averti par une lettre, qu'il ne pouvait pas se marier en conscience dans l'état où il était. Cet état était l'impuissance causée chez lui par le grand âge ; car il avait été marié, et avait eu des enfants. Le sieur le Pot consulta des docteurs de la Sorbonne, dont l'avis fut conforme ; mais cette circonstance n'empêcha pas la demoiselle le Lectier de le poursuivre pour l'accomplissement de ses promesses. L'official les ayant déclarées nulles et résolues, elle le fit assigner pour raison de ses dommages et intérêts ; elle présentait un mémoire de dépenses faites relativement à ce mariage, qu'elle faisait monter à 7000 livres. Le sieur le Pot niait l'existence de ces dépenses ; il niait aussi l'inégalité de conditions sur laquelle la demoiselle le Lectier insistait beaucoup. Par arrêt du 17 janvier 1673, rendu suivant les conclusions de M. Talon, et confirmatif d'une sentence du Châtelet, le sieur le Pot fut condamné en 6000 livres de dommages-intérêts."

Damoiselle Colonges fille d'un marchand de Moissac, âgée de 18 ans, qui avait contracté mariage avec Etienne Pechaman, et fut condamnée à rendre tous les présents et en 200 liv. de dommages et intérêts.

Ces deux derniers Arrêts sont rapportés par Catellan, tom. 2, liv. 4, chap. 69, page 177, et ce Magistrat ajoute qu'il est juste que l'un et l'autre sexe porte la peine naturellement dûe à l'inexécution d'une chose qu'on a promise, qu'on a pu valablement promettre, et qui du côté de chacun des deux sexes ne peut jamais être regardée comme indifférente : ce qui, disait-on, sert de réponse à la fragilité variable que l'Appelante impute à son sexe et dont elle fait parade comme d'un bouclier de mauvaise foi.

Enfin un dernier arrêt du 29 août 1713, auquel on pourrait cependant ajouter bien d'autres, ce qui serait plus que superflu, a décidé dans le même sens, dans une cause bien considérable.

344. Il n'est point d'ailleurs, d'auteur sous l'ancien droit qui n'approuve le principe de ces arrêts, qui est que l'inexécution de la promesse de mariage doit être punie par des dommages et intérêts. (1)

Il en est ainsi sous le Code Napoléon où la même maxime a été érigée en jurisprudence. Le principe de cette jurisprudence est que la promesse de mariage est un contrat licite et à tous les points de vue obligatoire, qui produit tous les effets des contrats, dont le plus ordinaire est d'engendrer des dommages et intérêts contre celui qui refuse d'accomplir son engagement.

Des esprits novateurs, partisans d'une liberté effrénée, se sont cependant élevé contre cette doctrine dictée par la simple raison et la loi naturelle, et ont soutenu que de sa nature la promesse de mariage est illicite, contraire à la liberté

(3) Aux autorités ci-haut citées, on peut ajouter Guyot, Rep., Vo. Fiançailles. Ancien Dénizart, Eod. Verb. Dict. de Droit Canonique, Vo. Fiançailles. Merlin, Eod. Verb. § VI-IX. Bacquet, Droits de Justice, tome 1, p. 327, No. 231. Le Prestre, Cent. 1ère, ch. 68, page 209.

du mariage, ne produit aucun effet juridique, et reste privée de tout lien obligatoire.

Ces novateurs ne sont pas restés seuls et sans appui dans leur étrange théorie. Des tribunaux français, par des arrêts isolés et demeurés il est vrai sans écho, ont accueilli avec faveur, cette doctrine subversive, dont la citation suivante de Pezzani, *Empêchements du Mariage*, peut nous donner une idée.

345. " La liberté, dit-il, No. 79, doit présider aux mariages. " Cette axiôme de la législation modèle, dont nos lois ne sont que " des transformations nécessitées par la différence des mœurs, " cet axiôme, dis-je, intéresse d'une manière essentielle l'ordre " public et la morale. Pour peu que la liberté soit gênée dans le " choix d'un conjoint, l'on peut craindre et prédire l'avenir de " grands malheurs domestiques. On s'est marié par nécessité, " pour obéir à des vues tout autres que celles qui doivent por- " ter au mariage, et l'on est décidé d'avance à maudire le joug " que l'on subit, en quelque sorte, malgré soi, quelque sup- " portable, quelqu'agréable qu'il fût d'ailleurs. La moindre " apparence de contrainte pèse à l'homme, et celui qui, toute " sa vie, a désiré le séjour d'un palais, ne pourrait se résoudre " à y vivre content, s'il lui était donné pour prison. Des chaî- " nes d'or sont toujours des chaînes. Ainsi la compagne la " plus douce, la plus aimable, paraîtra à son époux insipide et " acariâtre, et les heures que, près d'elle, il aurait vu s'écou- " ler avec tant de rapidité, si son consentement eût été dégagé " de toute gêne, lui paraîtront longues et pénibles. Cette con- " sidération qu'il n'a pas été libre en contractant cette union, " il la fera servir d'excuse et de prétexte à son inconstance. Je " craignais de me ruiner, dira-t-il ; j'ai consenti au mariage " pour échapper aux rigueurs de la loi, mais en conscience je " ne suis point obligé à la fidélité conjugale. Il négligera sa " famille pour se livrer aux excès de la débauche, et ce seront " des rixes continuelles, des reproches amers entre les époux ; " les tribunaux seront l'arène où viendront se terminer ces " funestes débats, et le scandale judiciaire sera la dernière " scène de ce drame domestique.

346. " Peut-être nous accusera-t-on d'avoir trop chargé les

" couleurs du tableau, et d'avoir inventé à plaisir des faits ima-
" ginaires. Sans doute, tous les mariages contractés pour échap-
" per à une peine pécuniaire ne donneront pas lieu à de
" pareils malheurs ; mais il suffit que ces scandales soient
" dans la prévision humaine, et qu'on en ait vu de fréquents
" exemples, pour que ce principe, que les mariages doivent
" être libres, soit proclamé vrai dans notre législation aussi
" bien que dans celle des Romains.

" On ne peut pas dire ici qu'il n'y a véritablement en jeu
" que des intérêts privés, et que, par conséquent, il est permis
" de déroger aux lois par des conventions particulières. L'état
" est directement intéressé au bonheur des familles.

" De tout ce qui précède, il résulte que la promesse de ma-
" riage est une obligation illicite et par conséquent nulle. Si
" l'obligation principale est nulle, l'obligation accessoire des
" dommages-intérêts et de la clause pénale est nulle aussi,
" selon la maxime : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

" Pour démontrer que les promesses de mariage ne sont
" point contraires aux bonnes mœurs, M. Toullier emploie un
" étrange sophisme : *Il n'y a de contraire*, dit-il, *aux bonnes*
" *mœurs que les promesses dont l'objet blesse la morale ; or, quel*
" *est le but ou l'objet des promesses de mariage ? Sans contredit*
" *un but honnête, le plus louable, le plus conforme aux lois et à la*
" *morale, l'accomplissement d'un mariage.* Il n'est pas difficile
" de prouver le vice de ce raisonnement. Le mariage est, on
" n'en peut douter, une chose licite et conforme à la morale ;
" mais c'est un contrat à part, qui demande une complète
" liberté, et toute stipulation, tout engagement sur ce point,
" doit être interdit, par la raison qu'il faut, pour la validité
" d'un mariage, que la volonté soit exempte de toute con-
" trainte, de toute influence étrangère au moment où le con-
" trat est formé ; et il ne serait pas certain aux yeux de la loi
" que le mariage a été le produit de la volonté actuelle et par-
" faitement libre des parties, si elles pouvaient être gênées,
" enchaînées et entraînées par l'effet de stipulations pénales
" antérieures, ou par la crainte d'être obligées au paiement de
" dommages-intérêts."

347. *Junge* Duranton, tome 10, page 320, No. 520, qui motive ainsi son adhésion à la doctrine nouvelle de l'immoralité et de l'illicité des promesses de mariage :

" Quelques personnes prétendent que c'est là une obligation " de faire, qui doit donner lieu à des dommages et intérêts, en " cas d'inexécution, attendu que son objet le mariage, n'a rien " d'illicite".....

" Nous sommes d'un avis opposé. La convention principale " n'est pas obligatoire ; elle est contraire à l'esprit de la loi, en " ce qu'elle gêne la liberté du mariage.....

" Une telle promesse, bonne comme ressort de l'art théâ- " tral, est nulle en droit."

" Sans doute," dit le Répertoire du Palais, Vo. Promesse de mariage, No. 26, " le mariage est une chose licite et conforme " à la morale ; mais dans une promesse de mariage, l'objet de " l'obligation n'est pas de contracter mariage, mais bien de " contracter mariage *in futurum*, et c'est précisément cette cir- " constance qui rend cet objet illicite. Le mariage est un con- " trat à part, un contrat spécial qui demande une complète " liberté ; et toute stipulation, tout engagement fait à l'avance, " doit être interdit, par la raison qu'il faut pour la validité " d'un mariage que la volonté soit exempte de toute contrainte, " de toute influence contraire, au moment où le contrat est " formé."

" Attendu," dit encore un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 11 juin 1838, rapporté au Journal du Palais, (J. P. 1838,) " que le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté " ne peut par lui-même motiver une condamnation à des dom- " mages-intérêts, puisque ce serait, sous une nouvelle forme, " porter atteinte à la liberté du mariage."

Quelques jours antérieurs, le 30 mai 1838, la même Cour de Cassation a rendu un autre arrêt au même effet : " attendu " que l'arrêt attaqué, en décidant que toute promesse de ma- " riage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté " illimitée qui doit exister dans les mariages, n'a fait que pro- " clamer un principe d'ordre public qui a toujours été consa- " cré par la jurisprudence." (J. P. 1838).

Le Journal du Palais observe (en note) ce qui suit à propos de cet arrêt : " La jurisprudence paraît se fixer dans ce sens ; " il importe de remarquer que sur ce point les principes de la " loi romaine et des arrêts des parlements sont modifiés."

" Attendu," dit l'arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux (S. 1853, 2, 245), " qu'il est constant, en droit, que l'inexécu- " tion d'une promesse de mariage ne donne ouverture à au- " cune action en dommages-intérêts ; que les principes du " Code Civil sur la liberté du mariage sont incompatibles avec " l'admissibilité d'une pareille action."

348. Pour nous qui n'avons pas été habitués par le prosaïsme du Code Napoléon, à considérer le mariage comme contrat civil et profane, il nous répugne de le voir soumis au régime exclusif de la législation civile. Obligés cependant, quand il devient nécessaire de comparer notre Code avec le Code français, d'accepter la doctrine de ses auteurs, nous nous sommes pliés aux exigences du fait accompli. Mais une dernière aberration de doctrine nous était réservée ; celle-là nous révolte, et non-seulement nous nous élevons contre elle, mais nous en dénonçons les tendances perverses, au point de vue social, et au point de vue de la légalité, nous en proclamons la monstruosité !

Le mariage civil est déjà un contrat assez anormal, mais il n'en est pas moins resté un contrat, soumis au régime général du contrat, passible de ses peines et susceptible de ses accidents, parmi lesquels figure la faculté légale de s'obliger d'avance à le faire.

Mais entre le mariage ainsi considéré et le mariage considéré comme ne pouvant être l'objet d'une promesse valide de le contracter, à cause de l'immoralité de l'engagement, la distance est immense.

On dit la promesse de mariage est invalide et illicite, comme restreignant la liberté d'épouser une autre personne. Mais le mariage lui-même restreint bien davantage cette liberté, à plus forte raison doit-il être illicite ! Si la promesse de faire une chose est immorale, ce ne peut être que parce que la chose l'est elle-même. Ainsi si les partisans de la doctrine nouvelle

qui affirment la nullité des promesses de mariage, avaient le courage de leur opinion et voulaient être conséquents à eux-mêmes, s'ils voulaient surtout être candides, ils avoueraient que le fond de leur pensée est que le mariage indissoluble est lui-même illicite, comme aliénant la liberté humaine. Le fond de leur doctrine est la dissolubilité du lien conjugal, et la déduction qu'ils veulent en tirer, est, on ne saurait en douter, le divorce !

Le palais dont Pezzani fait une prison, c'est le toit conjugal ! Ces liens dorés qu'y enchaînent pendant toute la vie des conjoints, le malheureux qui l'habite, auprès d'une compagne que son caprice lui faisait aimer, mais qu'il haît aujourd'hui parce qu'il ne peut la quitter, c'est le lien indissoluble du mariage, et le libérateur qui peut ouvrir cette prison et briser ces fers, c'est le divorce !... On commence aujourd'hui par la promesse que l'on veut supprimer, ce sera demain le mariage lui-même que l'on voudra détruire ! Il faudrait être par trop naïf pour s'y laisser surprendre.

349. Les deux lois romaines que l'on invoque à ce sujet, pour en déduire, à la faveur de la liberté des mariages qu'elles décrètent, la conclusion qu'elles annulent les fiançailles, ne contiennent aucune disposition de ce genre.

La première qui est la loi 134 du Tit. 1 du Livre 45 du Digeste, de *verb. obligat.*, laquelle est du jurisconsulte Paul, est posée dans l'espèce suivante : " Gaïus Seius et Titia, ayant le " premier une fille et le second un fils de lits précédents, con- " tractent ensemble un second mariage, stipulant par un " instrument écrit, des fiançailles entre leurs enfants, et se " lient réciproquement par une clause pénale (dédit de ma- " riage) à l'accomplissement de leur promesse mutuelle. Gaïus " Seius meurt, et sa fille refuse d'épouser le fils de Titia. " On demande à Paul, si dans ces circonstances les héritiers " de Gaïus Seius sont tenus au paiement de la peine ? Le juris- " consulte répond que la stipulation étant contre les bonnes " mœurs serait ouverte à l'exception de dol, parce qu'il *a été* " *jugé* qu'il *n'est pas permis* de gêner par le lien des peines, les " mariages futurs ou les mariages déjà contractés. *Quia inho-*

" *nestum visum est, vinculo pænæ matrimonia obstringi, sive* " *futura, sive jam contracta.*" (1)

On voit par le texte de cette loi, qu'elle ne prononce pas l'invalidité des promesses de mariage, et l'inutilité générale de cette stipulation, au point de vue des résultats de l'inexécution de la promesse, mais seulement la nullité de la clause pénale stipulée d'avance. Ce qui est encore dans nos usages, comme nous le verrons plus tard.

La seconde loi couchée au livre 8 du Code, Titre 39 de *Inutil. stipulat.*, l. 2, est un rescrit de l'Empereur Alexandre, dont nous ne connaissons pas l'espèce, mais qui a dû être rendu sur une question faite à l'Empereur sur la validité d'une stipulation pénale faite contre un divorcé, porte : " que l'anti-
" quité a voulu la liberté des mariages ; c'est pourquoi les
" pactes pour empêcher quelqu'un de *divorcer* n'ont pas de
" valeur, et qu'il est évident que les stipulations qui pronon-
" cent des peines contre ceux qui auraient divorcé sont dé-
" pourvues de valeur."

Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta nè liberè liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus pænæ irrogentur, ei, qui (quæve) divortium fecisset, ratas non haberi constat.

Il ne peut exister ici de doute sur l'application de ce rescrit, il s'agit du divorce !

Ainsi, des deux lois du Digeste et du Code sur lesquelles on s'appuie pour prouver la nullité des fiançailles comme tendant à détruire la liberté du mariage, la dernière non-seulement reconnaît et favorise le divorce, mais elle frappe de nul-

(1) 134 Paulus, lib. 15 Responsorum.

Titia quæ ex alio filium habebat, in matrimonium coït Gaio Seio habenti filiam : et tempore matrimonii consenserunt, *ut filia Gaii Seii filio Titiæ desponderetur ;* et interpositum est instrumentum ; et adjecta pæna, *si quis eorum nuptiis impedimento fuisset :* Postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit, et filia ejus filio noluit nubere. Quæro, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione ? Respondit, ex stipulatione quæ preponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam : *quia inhonestum visum est, vinculo pænæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.*

lité les clauses pénales stipulées entre particuliers pour le réprimer.

350. Après avoir cité ces deux lois, Demolombe qui, dans son Traité du mariage, tome 1, depuis le No. 27 au No. 33, page 57 et suivantes, repousse la doctrine que nous combattons, et se déclare partisan de la validité des promesses de mariage, même de la clause pénale (dédit de mariage), mais avec une hésitation contrastant avec la fermeté ordinaire de ses décisions, qui rappellent involontairement ce qu'on disait autrefois des opinions d'un des princes de l'Ecole, *décidé comme Barthole*, Demolombe s'exprime ainsi : " Ainsi cette prétendue liberté des mariages, " c'était la liberté des divorces ? c'était la licence effrénée des " mœurs. On conçoit qu'une législation qui ne permettait pas " de gêner, par une clause pénale, la faculté pour l'un des " époux de répudier l'autre par le divorce le moins motivé et " le plus scandaleux, on conçoit que cette législation devait, " *a fortiori*, déclarer nulles des clauses pénales ajoutées aux " simples promesses de mariage (L. 1, Cod. *de Sponsalibus*, 42, " *Cod. de Repud.*), mais c'était là un effet de la dépravation des " mœurs romaines à cette époque, *perditis et profligatis mori-* " *bus* (Hotman, *Disput. de Sponsalibus*, ch. IV, t. 1). Aussi " l'Empereur Léon fit-il une constitution tout exprès pour va- " lider les clauses pénales, stipulées en cas d'inexécution des " promesses de mariage. (Nov. 18, *ut in sponsalibus constituta* " *pæna exigatur*)."

Toullier plus imbu des traditions de l'ancien droit qu'il avait enseigné, montre moins d'incertitude et se prononce carrément pour la validité des promesses de mariage. Le résumé qu'il fait de la question, appuyé sur les données historiques, et nourri des traditions de la jurisprudence canonique et civile, contient la meilleure dissertation qui ait été faite sur le sujet. Une analyse n'en pourrait donner qu'une idée imparfaite et nous citons *in extenso*.

" L'anciene jurisprudence française regardait comme illicites, ou non obligatoires, les clauses pénales ajoutées aux promesses de mariage ; elle n'était même pas entièrement fixée sur le point de savoir si l'exécution de ces promesses,

sans motif légitime, donnait lieu à une action en dommages et intérêts proprement dite. On s'efforce aujourd'hui de faire revivre cette opinion qui nous paraît contraire aux dispositions du Code, et qui n'est fondée que sur un ancien préjugé tiré d'une maxime du *Droit* de Justinien, profondément immorale dans le sens que les Romains l'entendaient : *Les mariages doivent êtres libres.* L'immoralité consiste en ce que cette maxime s'appliquait principalement aux mariages déjà contractés, dit la loi au Code *de inutil. stip.*, 8, 39, qui est le siége de la matière, l'autorité qu'ont toujours invoquée et qu'invoquent encore aujourd'hui ceux qui soutiennent la nullité des clauses pénales ajoutées aux promesses de mariage."

351. " Ainsi c'est, dans le principe, pour maintenir, pour ne pas même gêner la liberté absolue et illimitée du divorce, que fut introduite la maxime que *les mariages sont libres.* Ce sont des mariages déjà contractés qu'on entendait parler. On étendit à plus forte raison cette maxime aux mariages futurs, aux fiançailles ou promesses de mariage dont le lien est moins fort que celui du mariage, et on en vint jusqu'à dire que les peines stipulées soit contre le divorce, soit contre la violation des promesses de mariage, sont contraires aux bonnes mœurs, *non secundùm bonos mores interposita*, Pourquoi ? *Quia inhonestum visum est*, *vinculo pænæ matrimonia obstringi*, *sive futura*, *sive jam contracta. Leg.* 134, *ff. de V. O.*"

" Mais il faut observer que l'opinion changea trois fois à Rome sur ce point. Il est bon de suivre et d'indiquer ces variations."

" Romulus avait permis le divorce, mais seulement aux maris et pour cause déterminée. Celui qui divorçait sans cause était dépouillé de ses biens, dont une moitié tournait au profit de l'épouse délaissée ; l'autre était adjugée à la déesse Cérès. On ne pouvait pas dire alors que les mariages contractés fussent libres dans le sens des lois que nous venons de citer. Cette institution de Romulus passa dans la loi des Douze-Tables ; et pendant qu'elle fut en vigueur, les fiançailles ou promesses de mariage furent obligatoires comme tous les autres contrats. Le refus d'accomplir le mariage donnait lieu

à l'action *ex sponsu*, et soumettait le réfractaire à des dommages et intérêts, comme nous l'apprend Aulu-Gelle, d'après l'autorité du jurisconsulte Servius Sulpicius. Il était même d'usage de stipuler une peine pour tenir lieu de dommages et intérêts contre le réfractaire."

" La dépravation des mœurs fit tomber ces lois en désuétude, pervertit la morale et même l'opinion. La coutume permit aux femmes, aussi bien qu'aux maris, non-seulement le divorce sans cause, ou pour les causes les plus frivoles, et souvent odieuses. Cicéron, lui-même, au rapport du grave Plutarque, Cicéron d'ailleurs si attaché aux principes de la morale et de l'honnêteté, répudia Terentia pour payer ses dettes avec la dot d'une nouvelle épouse Publilia, parce qu'elle avait paru n'être pas fâchée de la mort de Tullia. Ce grand moraliste, cet homme si supérieur, ne croyait donc pas le divorce sans cause contraire à la morale."

" Le désordre s'accrut, et en vint au point que des femmes, même illustres et nobles, *illustres et nobiles*, dit Sénèque, comptaient leur âge par le nombre de leurs maris. Martial en cite une qui en épousa dix dans un mois."

352. " Tel était l'aveuglement des esprits et la dépravation des mœurs, qu'on finit par regarder la faculté de changer de femme ou de mari sans cause, comme un point de droit public : de là la maxime, *les mariages sont libres*. C'est-à-dire, qu'il ne durent qu'autant qu'il plaît à l'un ou l'autre époux, qui doit toujours rester libre de changer. Il suffisait de dire à sa femme : *Allez-vous-en, sortez, je ne veux plus de vous, emportez vos effets*. Voilà ce que les Romains appelaient la liberté des mariages.. Autant valait établir la communauté des femmes, tant reprochée à la république de Platon."

" Quelques personnes sages imaginèrent qu'on pouvait, par conventions particulières, non pas arrêter ou empêcher cette licence effrénée du divorce sans cause, mais du moins pourvoir aux intérêts du conjoint délaissé, en stipulant en sa faveur une indemnité pécuniaire dans le cas de divorce. Rien ne semblait plus juste et plus naturel. Mais cette gêne légère parut encore contraire à la *liberté des mariages*. L'empereur

Alexandre la déclara illicite, et les jurisconsultes la déclarèrent contraire aux bonnes mœurs et à l'honnêteté."

" Il est bien évident que, sous une pareille législation, les fiançailles ou les promesses de mariage ne pouvaient avoir aucune force ; qu'elles ne pouvaient plus produire aucune action, quoique revêtues des formalités de la stipulation. Les empereurs et les jurisconsultes décidèrent donc qu'elles ne formaient aucun lien civil ; qu'on pouvait y manquer impunément, et répudier sa fiancée comme on renvoyait sa femme, sans cause."

" On se demande naturellement comment ces jurisconsultes romains, qui, par la sagesse profonde de leur doctrine, et par la seule force de la raison, sont devenus les législateurs des nations ; comment ces génies si éclairés ont pu avancer et croire qu'il était contraire aux bonnes mœurs de stipuler contre la licence effrénée du divorce, et contre la violation des promesses de mariage, qui n'ont qu'un objet essentiellement honnête et louable, une peine pécunière pour tenir lieu d'indemnité à la personne délaissée ? Comment cette faculté de manquer à des engagements solennels et sacrés, impunément et sans motifs, depuis comme avant le mariage, a-t-elle pu leur paraître si nécessaire et si respectable que la convention de réparer le préjudice causé par une telle déloyauté, fût, à leurs yeux, contraire aux bonnes mœurs et à l'honnêteté ? Comment enfin concevoir un tel renversement d'idées ? "

§53. " Comment ? C'est que les génies les plus élevés et les plus forts ne le sont jamais assez pour n'être pas sur certains points dominés et subjugués par les préjugés de leur siècle. Mais gardons-nous de croire qu'en déclarant des conventions si légitimes contraires aux bonnes mœurs, ces hommes si judicieux aient voulu parler de cette morale éternelle et immuable qui est la même dans tous les temps et dans tous les lieux, à Rome, comme à Athènes, et dans le monde entier. Ils n'ont voulu parler que des mœurs publiques de Rome à cette époque ainsi que l'a fort bien remarqué Cujas, le plus sûr de leurs interprètes, leur égal peut-être, au jugement de d'Aguesseau. Les Romains qualifiaient ordinairement de contraire aux

bonnes mœurs, ce qui était opposé aux mœurs et aux coutumes de Rome. L'édit du prêteur sur les injures portait : *Qui adversus bonos mores convicium fecisse dicetur*, etc. Ulpien interprêtant ces expressions, dans la loi 15, §§ 5 et 6, *ff. de injuriis*, 47, 10, dit : *Quod adjicetur contrà bonos mores... generaliter accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis.*"

" Ainsi les jurisconsultes romains distinguaient cette morale locale de la morale universelle et immuable. Il y a des choses naturellement déshonnêtes, dit le même Ulpien, d'autres qui ne le sont que civilement, et comme par la cité. *Quædam naturâ turpia sunt, quædam civiliter, et quasi more civitatis. Leg.* 42, *ff. de V. S.*"

" La loi civile peut laisser impuni, mais non pas rendre honnête, ce qui est contraire au droit naturel ou à la morale immuable et universelle ; mais elle peut rendre licite et honnête ce qui n'était contraire qu'aux coutumes locales ou aux mœurs de la cité. C'est ce que fit l'empereur Léon, surnommé le Sage, à l'égard des clauses pénales ajoutées aux fiançailles ou promesses de mariage. Il pensa que la loi qui ordonnait la perte des arrhes ou leur restitution au double, en cas de refus d'accomplir le mariage, devait, par identité de raison, ordonner le paiement de la peine stipulée ; que la peine trop légère de la perte ou de la restitution des arrhes favorisait l'inconstance et la mauvaise foi ; et, pour empêcher qu'on ne fît un jeu des fiançailles ou promesses de mariage, *ne sursùm deorsùmque ferantur*, il autorisa, par une loi spéciale, l'usage qui s'était introduit de son temps, de stipuler une peine pécuniaire en cas d'inexécution ou de violation des promesses de mariage. Ainsi, ces promesses formèrent, comme dans les premiers temps de la république, un lien civil, et produisirent une action."

354. " C'était donc pour la troisième fois que les mœurs et l'opinion publique changeaient sur ce point dans l'empire romain. Tant il est vrai, comme le remarque Cujas à cette occasion, qu'il n'y a rien de plus inconstant et de plus sujet au changement que les coutumes et les mœurs d'un peuple ;

Visum est moribus civitatis quibus inconstantius et mutabilius nihil."

" Tel fut le dernier état de la jurisprudence dans l'empire."

" Le droit canonique non-seulement conserva aux promesses de mariage ou fiançailles, la force obligatoire que leur avait rendue l'empereur Léon, mais de plus il la renforça par des peines canoniques. Suivant ce droit, que nous suivions en France, ces promesses formaient entre les parties un engagement réciproque d'accomplir le mariage. De là naissait une action que chacune d'elles pouvait exercer devant le juge ecclésiastique, nommé l'official, pour en demander l'exécution. "

Ces promesses formaient encore pour chaque partie un empêchement prohibitif, qui l'empêchait de se marier licitement à un autre, avant qu'elles fussent dissoutes par l'official, qui ne pouvait en prononcer la dissolution sans cause légitime ; s'il n'y en avait point, il devait condamner d'accomplir le mariage, sous peine des censures ecclésiastiques ; *voy.* le chap. X *de sponsal.* Mais en France l'official devait se contenter des voies d'exhortation, et si le réfractaire persistait dans son refus d'exécuter sa promesse, le juge prononçait la dissolution des fiançailles, en lui imposant une pénitence, ou des aumônes, pour son manque de foi, qu'on tolérait, dit Pothier, *ubi suprà*, No. 51, comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux que pourrait occasionner un mariage contracté par contrainte."

" Mais l'official devait réserver à l'autre partie de se pourvoir devant le juge laïque *pour les dommages et intérêts ;* Pothier, *ubi. sup.;* d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, titre *du Mariage*, art. 1, No. 13. "

355. Demolombe et Toullier sont loin d'être les seuls partisans de l'opinion contraire à celle de Pezzani, de Duranton et des quatre arrêts ci-haut cités. On peut répondre à ces arrêts par une foule de décisions contraires.

Jugé que, lorsqu'entre une femme et un mineur assisté de son aïeule maternelle, il a été passé un contrat de mariage notarié, ce dernier, s'il se marie avec une autre personne, de-

vient passible de dommages-intérêts pour inexécution du contrat.—1er mars 1825. Colmar. Salomé Leininger. D.P. 25. 2. 153.

De même, une promesse de mariage (contenue dans un contrat de mariage) est un contrat bilatéral valable en soi, et qui, en cas d'inexécution, peut donner lieu à des dommages-intérêts contre le refusant ; et les dommages-intérêts, s'ils sont dus, doivent être alloués, encore bien qu'après un refus formel, celui-ci offrirait, à l'audience même, d'exécuter la promesse (C. Civ. 1142).—8 mars 1827. Toulouse, Regagnon. D. P. 29. 2. 16.

Jugé même que le principe, que l'inexécution volontaire de toute promesse obligatoire donne ouverture à une action en dommages intérêts, doit surtout être observé en matière de promesse de mariage. Cette promesse peut être stipulée par un frère au nom de sa sœur.—6 août 1806. Nîmes. Rey. D. A. 10. 19, n. D. P. 2. 683, n.

Décidé de même que la promesse de mariage est un contrat synallagmatique obligatoire, qui contient l'engagement de faire, et dont l'inexécution, sans motif légitime, donne lieu à des dommages-intérêts (C. Civ. 1142).— 5 fév. 1808. Trèves. Theyson. D. A. 10. 18, n. D. F. 8. 2. 113.

Qu'une promesse de mariage n'est en rien contraire aux bonnes mœurs ; elle peut, en cas d'inexécution, donner lieu à des dommages-intérêts.— 24 mars 1811. Colmar. Gillmann. D. A. 8. 643, n. D. P. 14. 2. 15.— 28 fév. 1815. Rouen. Debonnaire. D. A. 10. 20, n. D. P. 2. 685, n.

Jugé en ce sens 1o. que l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu, lorsqu'elle cause préjudice, à des dommages-intérêts.—17 août 1814. Req. Nîmes. Dupuy Daubignac. D. A. 10. 18. 19. 20. D. P. 14. 1. 483.

Que le refus d'exécuter un *contrat de* mariage suivi de *publications*, y donne lieu aussi, surtout au profit de la femme.— 28 janv. 1812. Colmar. Oberlé. D. A. 10. 20, n. D. P. 2. 684. n. 4.

2o. Qu'on peut, suivant les circonstances, en accorder, même à un homme, pour le tort que lui fait éprouver le refus d'une femme de l'épouser après une promesse de mariage (C. Civ.

1142. 1382).—18 juin 1818. Metz. Mahler. D. A. 10. 20 et 21. D. P. 19. 2. 12.—Conf. D. P. 36. 2. 11.

3o. Que la femme doit indemniser celui qu'elle refuse d'épouser après un contrat de mariage et les publications, des dépenses en pure perte, et du dommage qu'il peut éprouver d'acquisitions faites en vue de l'union projetée.— Même arrêt.

4o. Que l'inexécution d'une promesse de mariage donne lieu à des dommages-intérêts contre la partie qui se désiste, alors qu'il en résulte un préjudice réel pour l'autre partie, en ce que, par exemple, et spécialement, elle aurait, à l'instigation de son futur, cédé à des co-héritiers sa part dans une succession ouverte à son profit.— 14 déc. 1832. Lyon. Burdiat, D. P. 34. 2. 10.

Cette décision est remarquable en ce que le désistant a été déclaré garant d'un fait qui paraît n'avoir qu'un rapport assez éloigné au projet de mariage, et dans lequel ce projet ne semblait guère, au gré des prévisions du désistant, devoir exercer de l'influence.—D. P. *eod.* n.

5o. Que celui qui refuse de tenir une promesse de mariage doit, quoique mineur, indemniser l'autre partie des dépenses qu'elle a faites à cette occasion.—8 mai 1811. Besançon. Phi lippe. D. A. 10. 18. n. D. P. 11. 2. 199.

6o. Que le majeur de trente ans qui, abusant de la crédulité d'une jeune fille, se fait marier avec elle à l'église seulement, en lui persuadant la sainteté d'un tel serment et l'indissolubilité du lien religieux, se rend auteur non-seulement d'une promesse de mariage, mais d'un fait public et solennel qui entraîne contre lui des dommages-intérêts, encore bien que ce fait ne puisse l'empêcher de contracter un second mariage.— 3 fév. 1814. Bastia. Rub... D. P. 34. 2. 240.

Jugé, suivant notre remarque que l'inexécution d'une promesse de mariage ne donne lieu à des dommages-intérêts, que dans le cas où un dommage a été véritablement souffert par la partie réclamante.— 21 déc. 1814. Civ. r. Amiens. Déverité. D. A. 10. 24, n. D. P. 15. 1. 125.

Lorsque des dommages-intérêts sont dus, ils consistent dans

le préjudice causé. Il appartient souverainement aux juges d'apprécier ce préjudice.—D. A. 10. 17, n. 4.

Ainsi, jugé qu'en matière d'inexécution de promesse de mariage, les dommages-intérêts ne sont dus qu'à raison, non des avantages que l'on perd, mais du préjudice réel qu'on éprouve. —2 avril 1810. Agen. Rouchi. D. A. 10. 20, n. D. P. 10. 2. 133.

Les dommages-intérêts dus par celui qui refuse d'exécuter une promesse de mariage doivent être fixés, soit à raison des dépenses que l'espérance d'une union prochaine a occasionnées, soit à raison de l'injure faite à la partie qui éprouve un refus, injure qui est plus grave lorsqu'elle est adressée à une personne du sexe.—8 mars 1327. Toulouse. Regagnon. D. P. 29. 2. 16.

Ils doivent être calculés sur la fortune, la qualité des parties et la liberté qui doit régner dans les unions à contracter. —28 janvier 1812, Colmar. Oberlé. D. A. 10. 20, n. 1, 5. D. P. 2. 684, n.—29 juillet 1806. Colmar. Bourguardé. D. A. 10. 20, n. D. P. 2. 684, n.— 13 mai 1818. Colmar. Mager. D. A. 10. 20, n. 1. 5. D. P. 2. 684, n.

Qu'une promesse de mariage, avec stipulation d'un dédit en cas d'inexécution, est nulle, comme contraire aux bonnes mœurs et à la liberté des mariages ; mais la personne lésée par cette inexécution peut avoir une action en dommages-intérêts fondée sur le préjudice souffert. C'est aux magistrats à examiner s'il y a eu préjudice, s'il est de nature à donner lieu à des dommages-intérêts, et à en fixer la quotité (C. Civ., 146, 1131, 1133, 1227, 1383).— 7 déc. 1825. Rouen. Beauvais. D. P. 26. 2. 87.

Que la stipulation d'*une clause pénale* dans un contrat de mariage, pour le cas d'inexécution de la part de l'un des contractants, est nulle, comme contraire à l'ordre public : l'inexécution d'une telle promesse n'est pas, par elle-même, une cause *nécessaire* de dommages-intérêts : seulement, si le refus d'exécuter a causé à l'autre partie un préjudice, celle-ci pourra réclamer des dommages-intérêts,—29 novembre 1827. Nîmes. Faucon. D. P. 29. 2. 17.

Le sieur Devérité et la demoiselle Barbier s'étaient promis de s'épouser, et par acte passé entre eux, le 25 avril 1810, il avait été stipulé que celui qui se refuserait à l'exécution de la promesse, paierait à l'autre une somme de 6000 francs, à titre de dommages-intérêts. La demoiselle Barbier s'étant mariée avec le sieur Elluin, le sieur Devérité a réclamé contre elle les 6000 francs convenus.

Le tribunal d'Abbeville a en effet adjugé les 6000 francs ; mais sur l'appel, son jugement a été infirmé par arrêt de la cour d'Amiens, du 30 mai 1812, attendu que la convention sur laquelle la demande était fondée était nulle, comme contraire aux bonnes mœurs et à la liberté des mariages.

Le sieur Devérité s'est pourvu en cassation contre cette décision, principalement pour contravention aux art. 1134 et 1142 du Code Civil, relatifs à l'inexécution des conventions légalement formées. Il s'est attaché à prouver que l'inexécution d'une promesse de mariage doit donner lieu à des dommages-intérêts, même lorsque les parties ne les ont pas prévus et n'ont pas stipulé de clause pénale, et qu'à plus forte raison les dommages-intérêts peuvent être réclamés, lorsqu'ils ont été l'objet d'une convention expresse et particulière, et comme une condition essentielle du contrat passé entre les parties.

Mais par arrêt de la section civile, du 21 décembre 1814, au rapport de M. Boyer.

" Attendu qu'en décidant que la promesse de mariage souscrite par la demoiselle Barbier, dans l'acte du 25 avril 1810, avec la clause générale d'un délit de 6000 francs, *était nulle en soi*, comme contraire à la liberté qui doit régner dans les mariages, et que la nullité de cette obligation principale entraînait celle de la clause pénale qui y était attachée, l'arrêt attaqué, loin de contrevenir aux art. 1134 et 1142 du Code, relatifs à l'inexécution des conventions passées entre majeurs, articles qui se réfèrent uniquement aux conventions légales, et qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public, n'a fait que se conformer aux dispositions formelles des articles 1132 et 1133 du même Code, qui déclarent nulles ces dernières conventions, et à l'art. 1227, portant que la nul-

lité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, et qui ne permettent de faire, de telles conventions, la base d'une action en dommages-intérêts, que dans les cas où *un dommage a véritablement été souffert* (1) par la partie réclamante, ce qui ne paraît pas avoir été justifié ni allégué dans l'espèce :

" Par ces motifs, la cour rejette..."

En 1795, le sieur Dupuy-d'Aubignac avait souscrit à la demoiselle Aldebert une promesse de mariage, et par suite, un enfant était né de leur intimité. En février 1813, la demoiselle Aldebert apprenant que son futur va se marier ailleurs, forme opposition au mariage, et le 29 novembre suivant, le sieur Dupuy-d'Aubignac l'assigne en main-levée d'opposition, avec 3000 francs de dommages-intérêts.

La demoiselle Aldebert forme à son tour une demande reconventionnelle tendante à 100,000 fr. de dommages-intérêts pour inexécution de la promesse de mariage dont elle représente l'original unique. Le sieur Dupuy-d'Aubignac lui oppose 1o. la nullité de la demande, en ce qu'étant principale, elle aurait dû être précédée de l'essai de conciliation ; 2o. la nullité de la promesse de mariage, en ce qu'elle n'a pas été faite *double*, conformément à l'art. 1325, qui n'a fait en cela que rappeler la règle antérieure ; 3o. que toute promesse de mariage est nulle comme contraire à la liberté des mariages et aux bonnes mœurs.

(1) Ce motif de l'arrêt qui accorderait un *dommage véritablement souffert*, si dans l'espèce il avait été prouvé, n'est-il pas en contradiction manifeste avec cet autre exprimé douze lignes plus haut qui déclare *la promesse de mariage nulle en soi ?* Aussi pour les raisons que nous donnerons bientôt, avons-nous rangé cet arrêt parmi ceux qui prouvent que dans la jurisprudence française, la maxime que la promesse de mariage donne lieu à l'action de dommages, bien que les circonstances sous lesquelles a lieu la rupture de cette promesse, puissent modifier les effets de cette action et affecter le caractère et l'étendue des dommages. Qu'il nous suffise de dire pour le moment, que l'octroi de dommages quelconques, en conséquence ou à l'occasion de la promesse, repousse invinciblement l'idée de la nullité absolue de cette promesse, comme contraire à la liberté du mariage et aux bonnes mœurs.

La demoiselle Aldebert répond que sa demande reconventionnelle n'est point principale ni introductive d'instance, et que dès lors elle n'était point assujettie au préliminaire de conciliation par l'article 48 du Code de procédure, avec d'autant plus de raison qu'elle était une défense à l'action principale ; qu'avant le Code civil, aucune loi n'exigeait que les actes contenant des obligations réciproques des parties fussent faits doubles ; qu'enfin l'inexécution de la promesse de mariage avait eu pour elle les suites les plus désastreuses ; que cette fallacieuse promesse avait été cause qu'elle avait couvert sa jeunesse d'un voile de douleur, en lui faisant perdre ce qu'elle avait de plus précieux, sa réputation ; qu'en un mot elle avai sacrifié à cette promesse toute son existence civile et morale Le 9 décembre 1813, jugement du tribunal civil d'Alais qui, rejetant les exceptions et moyens de défense du sieur Dupuy-d'Aubignac, adjuge à la demoiselle Adelbert 25,000 francs de dommages-intérêts. Appel de toutes les parties ; et le 4 janvier 1814, arrêt de la cour de Nîmes qui porte les dommages-intérêts de la demoiselle Aldebert à 40,000 francs, par ce motif principal, que, *par suite de l'inexécution de la promesse*, cette demoiselle a éprouvé un dommage considérable.

Le sieur Dupuy-d'Aubignac s'est pourvu en cassation, et a reproduit les trois moyens ou exceptions qu'il avait fait valoir en première instance et en appel ; il s'est aussi attaché à prouver que l'arrêt de la cour de Nîmes était principalement fondé sur ce qu'il y aurait eu un enfant né sur la foi de la promesse de mariage ; or, dit-il, c'est une recherche indirecte de paternité prohibée par l'article 340 du Code civil.

Mais ces moyens n'ont point été accueillis ; et par arrêt du 17 août 1813, au rapport de M. Sieyes,— " attendu que la demande subsidiaire de la demoiselle Aldebert en dommages-intérêts, n'étant que la défense par suite, et une exception à la demande introduite par le réclamant lui-même, il n'y a point eu de contravention à l'art. 48 du Code de procédure ;

" Que la convention synallagmatique sous seing-privé, du 4 novembre 1795, étant bien antérieure au Code civil, c'était par la jurisprudence alors établie que la question de nullité pour

omission de la mention qu'elle eût été faite double, devait être résolue, et non par l'article 1325 du Code civil, qui n'existait pas ;

" Enfin, que ce n'est pas sur des motifs pris de la paternité alléguée, que l'arrêt s'est fondé pour adjuger les dommages-intérêts à la demoiselle Aldebert, mais bien *sur le préjudice qui est résulté pour elle* de la non-exécution, de la part du réclamant, de leurs conventions respectives, et que les lois romaines citées sont étrangères à l'espèce :—par ces motifs, la cour rejette..."

Après une promesse de mariage faite devant notaire, le 25 juin 1816, entre le sieur Freyss et la demoiselle Mager, deux publications sont faites. Sur le refus de Freyss de célébrer le mariage, la demoiselle Mager l'assigne en paiement des frais et loyaux coûts du contrat et de la somme de 6000 francs de dommages-intérêts résultant de l'inexécution de la promesse de mariage. Le 1er mars 1817, jugement du tribunal civil de Strasbourg, qui condamne Freyss à indemniser la demoiselle Mager de tous frais et dépens quelconques, mais refuse les dommages-intérêts réclamés, attendu, sur ce dernier point, " qu'en accordant les dommages-intérêts demandés, ce serait indirectement porter atteinte à la liberté des mariages, qui est d'ordre public." Sur l'appel, la demoiselle Mager soutient que l'inexécution d'une promesse de mariage donne lieu aux dommages-intérêts qui en sont la suite, de même que l'inexécution de toute autre convention ; que c'est une conséquence nécessaire du principe qui veut que *tout fait de l'homme* (1) qui cause du dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que, dans l'espèce, il résulte évidemment pour elle un préjudice considérable de ce que Freyss refuse de l'épouser, malgré les promesses les plus solennelles et deux

(1) *Tout fait de l'homme.* Mais ce fait doit être un fait illicite et qui constitue une faute. Or, si la promesse de mariage est nulle *per se*, comme *contraire aux bonnes mœurs*, l'inexécution de cette promesse constitue l'exercice d'un droit, celui qui refuse de l'accomplir, peut dire *feci sed jure feci* et il ne saurait être tenu à des dommages comme auteur d'un fait illicite et d'une faute. Donc en accordant des dommages on reconnait la validité de la promesse, dans une juste mesure bien entendu.

publications déjà faites ; car ce refus la livre aux soupçons de la malignité publique, et l'expose à ne pas trouver désormais un parti avantageux. Ces moyens ont été accueillis ; et par arrêt de la cour royale de Colmar, du 13 mai 1818, Freyss a été condamné à payer à la demoiselle Mager 400 francs de dommages-intérêts, et à lui rembourser les frais et loyaux coûts du contrat devant notaire,—" attendu (porte l'arrêt) que depuis l'abolition du divorce, le mariage est, quant au civil, ce qu'il était avant la révolution ;— qu'alors les femmes ne manquaient pas d'obtenir *des dommages-intérêts pour l'inexécution des promesses faites à cet égard*, lorsqu'elles n'avaient pas donné lieu à cette inexécution ; —que si le Code qui avait déjà resserré le divorce dans un cercle très-étroit, n'a rien statué sur les dommages-intérêts à réclamer dans ce cas, c'est que, regardant le mariage comme un contrat, il rentrait, sous ce rapport, dans le droit commun ;—que l'article 1382 oblige celui qui a causé un dommage par sa faute à le réparer ;— que le refus de Freyss, après une promesse de mariage passée devant personne publique, et suivie de deux publications, sans que ce refus porte sur aucune base solide, est une des injures les plus graves qu'ait pu recevoir Christine Mager ;— que presque toujours, dans une conjoncture pareille, la malignité publique prête à la rupture des motifs qui blessent l'honneur d'une femme, et rendent impossible ou moins avantageux un autre établissement ;— qu'ainsi, outre le remboursement des dépenses faites, il est dû des dommages-intérêts à la fille Mager ;—mais qu'il importe de les calculer sur la fortune, la qualité des parties, et la liberté qui doit régner dans les unions à contracter :—par ces motifs..... met l'appellation et ce dont est appel au néant ; émendant, condamne Freyss à payer à Christine Mager la somme de 400 francs de dommages-intérêts, à lui rembourser les frais et loyaux coûts de ce contrat, etc."

Le 24 février 1817, la demoiselle Wil et le sieur Mahler souscrivent un contrat de mariage qui est suivi de publications civiles et canoniques. Avant la célébration, un différend s'élève entre les futurs époux, et par la suite, la demoiselle

Wil se refuse à l'union projetée. Mahler demande alors contre elle la restitution des frais qu'il a avancés dans la vue du mariage, et des dommages-intérêts pour le tort que ce refus fait à sa réputation. Elle lui oppose qu'elle ne s'est refusée à leur union que parce qu'il lui a fait des menaces, et qu'il l'a maltraitée ; ce qui lui a fait craindre que leur mariage ne fût pas heureux ; qu'ainsi, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même du dommage qu'il éprouve. Le 2 juin 1817, jugement qui rejette la demande de Mahler, attendu que, d'après l'usage constant et la jurisprudence généralement suivie, le refus de la fille, de contracter le mariage projeté, ne donne pas lieu à des dommages-intérêts, parce que ce refus ne porte pas atteinte à la réputation de celui qui l'avait recherchée, comme dans le cas inverse, et ne l'empêche pas de former un autre engagement ; que, pour ce qui regarde les frais, la demande est d'autant moins fondée, que la résistance de la défenderesse n'est pas l'effet d'un caprice ou de l'inconduite, mais de la crainte de mauvais traitements qu'elle aurait à essuyer d'un homme qui, dès avant le mariage, s'est permis de la maltraiter ou de la menacer.

Sur l'appel, Mahler dénie les menaces et les mauvais traitements qu'on lui impute, et soutient qu'en considération du mariage projeté, il a fait l'achat d'une maison, qui, par la rupture du mariage, lui devient inutile et laisse ainsi à ses risques un immeuble sujet à dépérir, et sur la revente duquel il sera en perte. Que c'est à tort que le tribunal a pensé que le refus de la fille de contracter le mariage promis, n'est pas dommageable pour l'homme qui l'éprouve, car la malignité publique ne manque pas de prêter à celui qui en est l'objet, des vices dont le soupçon nuit à sa considération et l'empêche de trouver un parti aussi avantageux.

La demoiselle Wil a répondu en développant le système du jugement de première instance ; mais par arrêt du 18 juin 1818, la cour royale de Metz,—" attendu que les articles 1142 et 1382 du Code civil disposent que toute obligation de faire ou de ne pas faire, se résout en dommages-intérêts, et que tout

fait qui cause à autrui du dommage, oblige celui par la faute duquel il arrive à le réparer ;

" Considérant que quoiqu'il soit rare que des hommes aient demandé et obtenu des dommages-intérêts pour pareil refus, cependant les monuments de la jurisprudence, tant ancienne que moderne, attestent que les cours et tribunaux, guidés par les principes d'équité et justice, consacrés par les articles précités et 1383e, les ont constamment appliqués suivant les circonstances dans pareil cas ;— que si, dans l'espèce, l'appelant ne souffre pas un tort au point de lui faire manquer ultérieurement une union égale en avantages à celle à laquelle l'intimée se refuse, on ne peut dissimuler que l'espérance de cette union, devenue illusoire depuis, n'ait été pour lui l'occasion de dépenses et d'acquisitions onéreuses qu'il n'eût point faites sans elle .... ; met l'appellation au néant, en ce que l'appelant a été débouté de sa demande principale ; émendant quant à ce... condamne l'intimée en 250 francs de dommages-intérêts envers l'appelant, le jugement au résidu sortissant son effet, dépens compensés."

Le 23 juin 1815, acte sous seing-privé, par lequel le sieur Champigny et la demoiselle Cheneveau se font réciproquement la promesse de s'épouser à la première réquisition, et stipulent que dans le cas où le mariage viendrait à manquer par un fait personnel au sieur Champigny, celui-ci paiera une somme de 10,000 francs à la demoiselle Cheneveau, à titre de dommages-intérêts.— Le sieur Champigny notifie des actes respectueux à son père, pour le prier de consentir au mariage ; mais la nullité en est prononcée pour vice de forme.— Il recommence ses actes respectueux. Sa famille provoque son interdiction, et il reçoit un conseil judiciaire.—Il décède le 23 juillet 1817, laissant un testament par lequel il lègue 10,000 fr. à la demoiselle Cheneveau.— Celle-ci demande à ses héritiers le paiement des 10,000 fr. de dédit stipulés en la promesse de mariage.— 18 février 1819, jugement du tribunal civil de Chinon qui rejette la demande.—" considérant que ces dispositions sont contraires à la liberté du mariage, qu'elles répugnent aux bonnes mœurs, en ce qu'elles tendent d'une part, à

séduire par l'appât d'un gain considérable, et d'autre part à contraindre et forcer, par la crainte d'un énorme sacrifice, tant la volonté du père que celle même du jeune homme qui se serait indiscrètement engagé, dans l'excès de sa passion ;

" Considérant qu'une obligation contractée sous de telles influences est frappée de prohibition par les articles 1131, 1132 et 1172 du Code civil ; — que vainement on dirait, dans l'espèce, que les 10,000 francs stipulés ne sont qu'une juste indemnité de l'éclat et du désagrément des procédures, auxquels s'est soumise la demoiselle Cheneveau, aujourd'hui femme Pallu, en permettant au sieur Henri Champigny d'accoler son nom aux sommations respectueuses qu'il a faites à son père, puisqu'il ne lui en est résulté aucun dommage ; qu'en supposant même l'acte valide aux yeux de la loi, ledit sieur Henri Champigny n'eût point encore dû les 10,000 francs, puisqu'il résulte des débats, et même de l'interrogatoire sur faits et articles des dames Pallu et Gallet, que le dit Henri Champigny a persévéré jusqu'à son dernier soupir, dans son projet d'épouser la demoiselle Cheneveau ; d'où il suit qu'il n'aurait point encouru la pénalité portée en l'acte de dédit."

Sur l'appel, arrêt confirmatif de la cour d'Orléans, du 12 août suivant.

Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1134 et fausse application de l'art. 1131 du Code civil, en ce que la cour royale d'Orléans a annulé le dédit de mariage du 23 juin 1815, comme étant contraire aux bonnes mœurs et à la liberté du mariage.

Nul doute, a-t-on dit, pour la demanderesse, *qu'en droit*, une promesse de mariage n'est point obligatoire en ce sens, qu'elle n'ôte point à celui qui l'a souscrite, la liberté d'épouser une autre personne que celle à laquelle il a engagé sa foi ; mais il n'est pas moins certain que l'inexécution de la promesse faite, cause à la personne intéressée un dommage quelconque, dont il lui est dû indemnité. Cela est tellement vrai, que dans plusieurs circonstances, et notamment dans l'affaire Aldebert, les juges, se fondant sur ce principe, que celui qui cause à autrui un préjudice quelconque, doit le réparer, ont accordé d'office

des dommages-intérêts considérables à la femme abusée par une promesse de mariage, qui n'avait point reçu d'exécution. Et si la question a été ainsi jugée, dans le cas d'une simple promesse, qui ne portait aucune clause pénale, aucune obligation d'une somme déterminée, à plus forte raison ne peut-on méconnaître la force d'un engagement par lequel les parties ont réglé elles-mêmes le montant de l'indemnité qui serait encourue par le fait de l'inexécution.

Ainsi donc, la clause de dédit de mariage n'ayant rien d'illicite, se trouvait, à ce titre, dans la classe des obligations ordinaires, et devait être placée sous la protection de l'art. 1134 du Code civil. En décidant le contraire, la cour royale a violé cet article et faussement appliqué au cas particulier l'art. 1131 du même Code.

Mais ce moyen ne pouvait être accueilli ; et par arrêt du 6 juin 1821, au rapport de M. Dunoyer,

" Attendu qu'il a été décidé en fait, que Henri Champigny paraissait avoir persisté jusqu'à son décès dans l'intention d'épouser Suzanne Cheneveau ; qu'ainsi, le projet de mariage n'étant pas resté sans effet, par un simple changement de volonté de sa part, les héritiers ne pouvaient être tenus à des dommages-intérêts, pour un cas tout à fait hors des termes de l'acte ;

" Attendu, d'ailleurs, qu'en droit, les articles 1134 et 1142 du Code civil, invoqués à l'appui du recours en cassation, se référant uniquement aux conventions légales, et non à celles qui tendent à gêner la liberté des mariages, telles que l'acte dont il s'agit, ces dernières doivent être considérées comme ayant une cause illicite, et sont comprises dans la disposition de l'art. 1133 du même Code ;

" Attendu, enfin, qu'il a été reconnu par l'arrêt attaqué, que Suzanne Cheneveau n'avait éprouvé par l'inexécution de cette promesse de mariage aucune perte ni dommage dans ses biens, et qu'elle n'avait porté aucune atteinte à sa réputation ;

" La cour rejette..." (1)

(1) Il faut bien prendre garde que l'obligation dont la nullité a été prononcée par le tribunal de première instance et les deux Cours d'Appel et

La citation de ces quatre derniers arrêts est empruntée au Répertoire de Favardi de Langlade, (Vo. Obligation, section 2, vol. 4, pages 3 et suiv.)

355 *bis*. C'est sur cette jurisprudence qu'est fondée la doctrine des auteurs, qui, à part les exceptions que nous venons de citer, enseignent qu'une action de dommages résulte de la rupture des promesses de mariage.

Il existe sans doute une dissidence entre eux sur le principe de ces dommages ; les uns soutenant que ces dommages résultent directement de la rupture de la promesse de mariage, comme de la violation de tout autre contrat et qu'ils sont à l'arbitrage du juge ; les autres qu'ils ne se produisent qu'indirectement et comme conséquence de la perte pécuniaire réelle occasionnée à la partie délaissée, à l'occasion des dépenses et des démarches inutiles qu'elle aurait faites pour les préparatifs du mariage. C'est ce que nous allons examiner dans notre cinquième et dernière Question.

Disons cependant, avant d'y parvenir, que si on reconnait, que sous une forme quelconque, il existe, soit en conséquence, soit à l'occasion de la promesse de mariage, une action en justice, on admet forcément la légalité de cette promesse et que l'on répudie par là même, la doctrine de son illicité ou de son invalidité. En effet, si la promesse est nulle comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, ainsi qu'on le prétend, elle ne produira, soit directement soit indirectement, aucun effet légal. Quand a-t-on vu une convention faite sur des objets nuisibles à l'ordre public, ayant une cause honteuse, *ob turpem causam*, ou pour servir des fins réprouvées par la loi, engendrer des effets reconnus par les tribunaux ? Cette reconnaissance de l'effet, ne serait-elle pas une admission de la cause, quelle que indirecte qu'en puisse être l'opération ?

355 *ter*. Prenons pour preuve de l'irrésistibilité de cette conclusion, l'opinion de Chardon qui affirme l'invalidité de la pro-

de Cassation est celle contenue dans le dédit de mariage et non la promesse de mariage même. Cet arrêt n'est d'ailleurs cité ici que pour ne pas rompre la suite des citations et pour prouver par anticipation, que les dédits ou clauses pénales dont il sera question plus tard, n'ont aucune valeur.

messe considérée par elle-même, *per se*, et qui lui refuse la vertu d'engendrer l'action de dommages.

Voici comment il s'exprime à ce sujet, dans son Traité du dol et de la fraude, vol. 3, pag. 467, n. 1352 : " La " promesse de mariage, en tant qu'elle a pour objet de con- " traindre à sa célébration, est réprouvée par la loi d'une ma- " nière absolue. Son inexécution pure et simple ne saurait " donc devenir la matière d'une action en dommages-intérêts. " Cette doctrine n'est pas universellement admise et de nom- " breux arrêts ont décidé le contraire. Mais ces arrêts ne me- " paraissent pas juridiques. En principe, l'exécution d'une " promesse de mariage ne pouvant être exigée, celui qui le " refuse ne fait qu'user d'un droit que la loi lui reconnait " formellement."

" Nous n'accorderions ces dommages-intérêts que lorsque la " rupture de l'engagement a réellement causé un préjudice " matériel ou moral, à la partie délaissée ; par exemple, s'il " s'est écoulé un temps considérable dans les préparatifs du " mariage ; si les fréquentations ont amené une grossesse ; si " les causes de la rupture publiquement dévoilées sont inju- " rieuses ou diffamatoires, ou de nature à mettre obstacle à " un nouvel établissement ; si des frais en préparatifs de " noces, ou contrats de mariage, ont eu lieu. Il est évident " dans tous ces cas, qu'une indemnité est due. Mais l'origine " de cette obligation réside alors légalement dans le préjudice " volontairement causé, et dont la réparation est commandée " par l'article 1382 du Code Civil."

" L'exception *feci sed jure feci*, légitime bien le refus de cé- " lébrer le mariage, mais elle ne pourrait dispenser de l'obli- " gation de réparer le préjudice qui eut été épargné si la " volonté du refusant se fut manifestée en temps opportun, et " surtout avant que des faits graves, comme une grossesse, " pussent lui être reprochés."

Voyons d'abord ce que ce raisonnement a de faux, pour considérer ensuite ce qu'il a de contradictoire.

L'auteur commence par énoncer en principe *que la promesse de mariage, en tant qu'elle a pour objet de contraindre à la célé-*

bration, est réprouvée par la loi d'une manière absolue. Ce qui pris littéralement veut dire qu'une promesse de mariage faite avec intention de s'obliger soi-même et d'obliger l'autre partie à la tenir, est défendue par la loi. Ainsi la loi vous défend quand vous voulez épouser une personne de lui promettre le mariage, et cette promesse est également défendue à cette personne. Cette promesse constitue une faute puisqu'elle est *réprouvée d'une manière absolue.* Donc, pour qu'un mariage soit exempt de toute faute antécédente, il faut qu'il n'ait pas été promis, surtout qu'il n'ait pas été promis avec intention d'exiger l'exécution de la promesse, car c'est cette intention de contraindre à l'exécution de la promesse que la loi réprouve absolument. Promettre pour tromper, à la bonne heure ; voilà qui est légal !—Mais promettre pour tenir c'est autre chose, et c'est dans ce dessein funeste que consiste l'illégalité !

Cette interprétation littérale qui conduirait à l'absurde, ne rendrait cependant pas la pensée de l'auteur, qui sans doute a voulu dire, quoiqu'il se soit exprimé négligemment, que la loi ne reconnait pas aux promesses de mariage la puissance de forcer au mariage celui qui l'a donnée, sans lui laisser le pouvoir de se rétracter. Ce qui est fort vrai, *Libera debent esse de jure matrimonia*, mais si c'est là sa pensée, il l'a mal exprimée ou il l'a exagérée, en disant que la *promesse est réprouvée* d'une manière absolue. A cause des mauvais résultats qu'engendrerait la contrainte : *Quum coactiones hujusmodis difficiles soleant exitus frequenter habere*, la loi peut relever le promettant de la rigueur de son engagement, et tolérer un moindre mal pour en éviter un plus grand. Mais si elle couvre de son indulgence celui qui a promis imprudemment, ou si elle relache le lien de celui-là même qui refus eméchamment de remplir son obligation, sera-ce parce qu'elle réprouve sa promesse ? Comment considèrerait-elle comme étant contre les bonnes mœurs l'engagement lié à un acte qui est la première et la plus sûre garantie des bonnes mœurs même, et traiterait-elle comme attentatoires aux principes de l'ordre social l'engagement de contracter le mariage, qui est la base la plus solide de la société?

355. L'auteur n'a donc pas mesuré l'étendue de son

opinion en traitant comme proscrite par la loi la promesse de mariage. Mais si en la caractérisant ainsi, il s'est trompé dans la forme, il s'est trompé bien davantage au fond, en disant que l'inexécution de cette promesse ne peut devenir la matière d'*une action en dommages-intérêts.*

Encore une fois la promesse de mariage ne peut être compulsoire, en ce qu'elle ne peut donner lieu à une sentence qui contraindrait le promettant à le contracter, et c'est ce que l'article 62 avait en vue, en décrétant que la promesse ne peut servir de matière à une opposition au mariage rendu inutile par le fait qu'elle ne pourrait en empêcher la célébration, mais que la rupture de cette promesse ne puisse engendrer de dommages et donner heu à l'action, voilà ce qui est contraire aux enseignements de la raison et à tous les principes du droit!

Aussi l'auteur s'empresse-t-il d'ajouter, *que sa doctrine n'est pas universellement admise, et que de nombreux arrêts ont décidé le contraire.* Ces arrêts il est vrai qu'il les critique, mais c'est suivant nous pour leur donner raison, en ajoutant sur le champ, qu'il accorderait les dommages et intérêts, lorsque la rupture de l'engagement a réellement causé un préjudice matériel ou *moral* à la partie délaissée. Il les accorderait! Mais il aurait tort de les accorder, si la promesse est réprouvée par la loi. Si cette promesse est nulle de nullité absolue, comme par exemple, la promesse de louer une maison pour en faire un mauvais lieu ou y tenir une courtisane au lieu d'une épouse légitime, ou pour toute autre fin contraire à la morale publique, quelque soit le préjudice matériel ou *moral* qui résultera de la rupture de l'engagement, il est certain que ce préjudice ne donnera pas naissance à l'action.

Pour exemples de son relâchement à la règle qu'il vient de poser, Chardon cite les cas où il s'est écoulé un temps considérable dans *les préparatifs du mariage*, une *grossesse* survenue à la suite des fréquentations et ceux où les causes de la rupture publiquement annoncées *sont injurieuses ou diffamatoires ;* si des frais en préparatifs de noces ont eu lieu... Mais pourquoi faire peser les conséquences du délai dans les préparatifs du

mariage, les frais de ces préparatifs, sur le promettant, s'il n'était pas tenu de le contracter, surtout si la promesse qu'il en a faite est absolument nulle et totalement réprouvée par la loi ! Pour ce qui est de la grossesse et de la publication injurieuse des causes de la rupture, nous admettons avec Chardon, qu'elles peuvent produire une action en dommages mais ce ne sera pas à raison de la promesse, si elle est nulle, *quod nullum est ab initio nullum producit effictum*, mais elles le produiront par elles-mêmes, comme elles l'auraient produite sans promesse aucune, en raison du délit, qui dans toutes les circonstances donnent lieu aux dommages et intérêts civils.

L'auteur a sans doute compris la contradiction où l'ont placé les applications de son principe avec le principe lui-même, puisque pour accorder l'action, en dérogation à la règle qu'il a posée, il est obligé de se retrancher derrière l'article 1382, qui décrète, que tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par *la faute* duquel il est arrivé, à la réparer. Le fait dont il est question dans cet article est un fait illicite, l'article l'appelle *une faute ;* or si la promesse est nulle, si en refusant de l'exécuter, l'exception *feci sed jure feci*, légitime ce refus, ce refus n'est plus une faute, et ne peut en aucune manière soumettre le refusant aux conséquences prochaines ou éloignées, prévues ou imprévues, directes ou indirectes de cette inexécution.

Ces contradictions flagrantes d'un jurisconsulte distingué, font voir la fausseté de sa doctrine ; et ceux qui la partagent sont tombés dans les mêmes inconséquences. *Ab uno disce omnes !*

Cinquième Question.

Quelle est la mesure de ces dommages et peuvent-ils consister en une peine stipulée d'avance, contre le fiancé qui viole la foi des fiançailles, en refusant le mariage à l'autre fiancé ?

SOMMAIRE.

356. Sur la première partie de cette question les opinions sont partagées. Quatre sentiments différents à cet égard. Exposition de ces sentiments.

357. Source des obligations. Les obligations procèdent du contrat, du quasi-contrat, du délit, du quasi-délit et de l'opération de la loi. Rapprochement de la promesse de mariage à ces causes générales des engagements.

358. Hypothèse du cas où la rupture de la promesse est accompagnée de délit. De la séduction, par exemple. Semblable cas donne lieu à deux actions distinctes, l'une à raison de la séduction et l'autre à raison du délit. Confusion à cet égard.

359. Autre hypothèse. Du cas où la révélation imprudente des causes légitimes de rupture de la promesse cause des dommages à la partie délaissée. Ces dommages ont alors pour cause un quasi-délit. La mesure des dommages se trouve énoncée dans les articles 1024, 1073, 1074 et 1075.

360. Résultats excessifs de l'application de ces règles communes à l'inexécution de tous les contrats, à la rupture de la promesse de mariage, sous le rapport des dommages.

361. Les conséquences de la rupture de la promesse de contracter une société, citées pour faire voir l'anomalie de cette application.

362. Autre exemple emprunté au cas où un changement dans les sentiments mutuels des époux donne lieu au refus de contracter mariage.

363. Le mariage n'est pas un contrat ordinaire. Traits empruntés à l'ordre moral pour prouver sa différence avec les autres contrats.

364. Premier point de dérogation aux règles ordinaires touchant l'inexécution des autres engagements, en ce que le fiancé qui refuse le mariage à raison d'un changement involontaire de sentiments ne peut être tenu, dans aucun cas quelconque, qu'aux dommages réels. Cas où la rupture n'est pas exempte de faute ou de blâme.

365. Suite des réflexions sur la différence des causes de dommages en conséquence de la faute involontaire du fiancé réfractaire, et de la faute volontaire ou du délit. Degrés de cette faute ou délit.

366. Suite.

367. Il est des actes qui par leur enchaînement avec la promesse inexécutée constitueraient un dol, en même temps qu'un délit. La séduction est de ce genre. En ce cas les dommages sont exemplaires et sont à la discrétion des tribunaux. Ces dommages doivent se borner aux pertes encourues par celui qui souffre de la rupture de la promesse au *damnum emergens*, et ne doivent pas être accordés pour compensation du gain qu'il a manqué de faire *lucrum assans*.

368. Exemple de la sagesse de cette limitation.

369. Il est cependant des cas particuliers où le gain qu'on a manqué de faire peut être considéré comme une perte soufferte et entrer dans le cadre des dommages accordés à ce dernier titre. Exemple de semblables cas. Citation.

370. Le succès de l'action de dommages intentée sur le double chef de la rupture de la promesse et de la perpétration du délit n'est pas indivisible ; l'action peut échouer sur un chef et être maintenue sur l'autre. Citation d'un précédent sur ce point.

371. Le quasi-délit commis en conséquence ou à l'occasion de la rupture de la promesse peut être, *per se*, une cause de dommages.

372. Seconde partie de la cinquième question. Invalidité du délit de mariage. Citations du Code Napoléon et des décrétales. Explication de la décrétale *Gemma*.

372 *bis*. Citation de Merlin pour prouver les variations de la jurisprudence au sujet de la validité du dédit de mariage. Citations d'autres auteurs.

373. Citation de trois arrêts, et du Nouveau Dénizart. Nullité du dédit. La conclusion : *Si mieux n'aime épouser*, qui se trouve dans quelques actions doit être rejetée.

374. Les fréquentations de mariage entre deux personnes peuvent par elles-mêmes, faire naître des circonstances donnant lieu à des dommages et intérêts. La minorité du fiancé ne constitue pas un moyen de rescision de la promesse, s'il l'a contractée après sept ans révolus.

375. La majorité de la personne séduite n'offre pas non plus de *fin de non recevoir* absolue contre l'action de dommages.

376. Une mise en demeure écrite est nécessaire pour exercer l'action de dommages, à raison de l'inexécution de la promesse. Importance de la matière de la présente Question, à cause de la nouveauté du aujet dans le Bas-Canada au point de vue théorique.

377. La loi de la plupart des pays reconnait la validité des promesses de mariage. La loi anglaise. Le Code de la Louisiane. Le Code Prussien. Le droit commun Allemand. Le Code du Canton de Vaud. Le Code Autrichien.

378. Résumé général de cette Section. Résumé particulier de la Première Question.
379. De la Seconde.
380. De la Troisième.
381. De la Quatrième.
382. De la Cinquième.

COMMENTAIRE.

356. Sur le premier point les opinions sont partagées comme la jurisprudence elle-même. Quatre sentiments sont ouverts sur la question, et il n'en est pas un d'eux qui ne puisse invoquer en sa faveur, quelques-uns des arrêts que nous avons rapportés.

La première opinion est que la rupture de la promesse de mariage produit de plein droit, des dommages et intérêts, arbitrés par le juge et soumis à son appréciation.

La seconde, considérant dans ses conséquences la rupture de la promesse de mariage comme la violation de tout contrat ou de toute obligation, fait consister le dommage dans la privation du gain, et la réparation de la perte éprouvée par le créancier, et cette perte peut consister en un préjudice moral aussi bien qu'en un préjudice matériel.

D'après la troisième opinion, la privation du gain, *lucrum cessans*, ne doit pas entrer en compte dans l'évaluation du dommage, mais la perte réelle seule, *damnum emergens*, peut en être l'objet.

Suivant la quatrième, cette perte ne peut jamais consister que dans un préjudice pécuniaire éprouvé en conséquence de la rupture de la promesse, telle que les sommes dépensées pour les préparatifs du mariage ou pour d'autres objets de cette nature.

Nous allons examiner ces diverses opinions, en prenant pour admis, le principe que la promesse de mariage est un engagement valable comme base de cet examen.

357. Les obligations procèdent des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, ou de la loi seule. (art. 983).

Il n'est pas nécessaire de définir le contrat.

Le quasi-contrat est tout acte volontaire et licite par lequel, une personne capable de contracter, peut s'obliger envers une autre et quelquefois engager une autre envers elle, sans qu'il intervienne entre elles aucun contrat. (1041).

Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par *sa faute* à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabilité. (art. 1053).

Voilà le délit et le quasi-délit ; le délit consistant dans la *faute volontaire*, et le quasi-délit dans la *faute involontaire*, qui est le résultat de l'*imprudence*, de la *négligence* ou de l'*inhabilité*.

En thèse générale, une promesse de mariage ne peut être considérée comme un quasi-contrat, puisque cette promesse est un contrat et que c'est à ce dernier titre qu'elle produit une obligation. Certaines circonstances peuvent pourtant modifier cette restriction, comme nous le verrons plus tard.

Elle ne peut non plus être envisagée dans ses effets principaux, comme délit ou quasi-délit. Mais l'inexécution peut avoir lieu avec accompagnement de circonstances, qui constituent un délit ou un quasi-délit et ce chef incident de dommages viendra s'ajouter au chef principal et les aggravera. Ces deux sources de dommages seront sans doute distinctes en droit ; les dommages principaux seront les dommages nés de l'inexécution du contrat, et les dommages accessoires ou incidents, seront ceux qui résulteront du délit ou du quasi-délit ; mais à cause de leur connexité, la pensée les confondra, on les appellera dommages causés pour inexécution d'une promesse de mariage, et ils seront simultanément accordés sans distinction entre les deux motifs qui les auront fait prononcer.

358. Supposons, par exemple, que le refus d'exécuter la promesse ait été précédé de séduction. La fiancée séduite et délaissée aura sans doute deux actions contre son fiancé, l'action à raison de la promesse et celle engendrée par la séduction. Ces deux causes d'action, elle pourra les exercer par deux poursuites distinctes, mais elle les confondra le plus souvent en une seule, et sans distinguer les deux chefs de demande, les juges accorderont des dommages par une seule sen-

tence. Il y aura au fond deux causes d'action, mais à la forme il n'en paraîtra qu'une dans l'arrêt, dont le rapporteur ne distinguera pas toujours l'espèce et qui passera pour avoir jugé en principe, que la rupture de la promesse de mariage engendre les mêmes dommages que le délit, ou jugé le contraire suivant la preuve faite en chaque cas. C'est ce qui est arrivé en France, surtout dans l'ancienne jurisprudence, où les jugements n'étaient pas motivés. Les arrêts que nous avons cités ci-haut nous fournissent plusieurs exemples de cette confusion, qu'un recours à l'espèce particulière peut seule dissiper. C'est ce que nous avons été forcés de faire en plusieurs occasions.

Des auteurs inattentifs ont souvent fait la même méprise que les arrêtistes, en invoquant ces arrêts comme points de doctrine, pendant qu'ils n'étaient que des arrêts de circonstances !

L'inexécution de la promesse de mariage peut aussi être accompagnée de quasi-délit et produire à ce titre des dommages additionnels. Le quasi-délit est l'acte permis en loi, mais qui à raison de la négligence, de l'imprudence ou de l'inhabilité qui accompagnent sa perpétration, devient nuisible à autrui.

359. Prenons pour hypothèse le cas où l'un des fiancés ayant de bonnes raisons pour ne pas exécuter sa promesse, ou motiver la rétractation de son consentement, le fait d'une manière imprudente, et cause à la fiancée un préjudice en dehors de celui que l'inexécution de la promesse manifestée d'une manière prudente et convenable, aurait produit. Est-ce que cette imprudence et cette légèreté qui constituent un quasi-délit, ne donneraient pas lieu à des dommages contre lui ? A plus forte raison doit-il en être ainsi du cas où l'inexécution n'est pas légitime et où le quasi-délit viendra aggraver les torts, en créant une cause nouvelle de dommages.

La mesure des dommages se trouve énoncée dans les articles 1024, 1073, 1074 et 1075.

Art. 1024 : " Les obligations d'un contrat s'étendent non-
" seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les

" conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant " l'équité, l'usage ou la loi."

1073. " Les dommages dus au créancier sont, en général, " le montant de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été " privé ; sauf les exceptions et modifications contenues dans " les articles de cette section qui suivent."

1074. " Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus, ou qu'on a pu prévoir au temps où " l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par son " dol qu'elle n'est point exécutée."

1075. " Dans le cas même où l'inexécution résulte du dol " du débiteur, les dommages et intérêts ne comprennent que " ce qui est une suite immédiate et directe de cette inexé- " cution."

360. Si l'on appliquait absolument au de mariage, les principes de ces articles communs à tous les contrats, l'inexécution de l'obligation d'épouser emporterait tous les dommages éprouvés par le fiancé trompé, résultant des pertes prévues ou qui ont dû l'être lors de la promesse, au cas même où l'inexécution de la promesse aurait lieu sans dol de la part du fiancé et dans le cas contraire, elle produirait tous les dommages prévus ou non prévus, pourvu qu'ils fussent une suite directe et immédiate de l'inexécution. Ces dommages consisteraient de plus dans la perte du gain que le mariage aurait procuré au fiancé délaissé (art. 1073, 1074 et 1075), quand même ce dommage n'aurait pas été exprimé, s'il découlait de la promesse d'après sa nature, suivant l'équité, l'usage ou la loi. (art. 1024).

Ainsi le fiancé qui perdrait un établissement avantageux, pourrait réclamer par forme de dommages, l'évaluation pécuniaire de ces avantages, c'est-à-dire, de la fortune dont il aurait été privé, et également une compensation en argent pour la position sociale que lui aurait procurée un mariage, que le manque de foi du fiancé infidèle lui aurait enlevée, car ces dommages seraient une suite immédiate et directe de l'inexécution (art. 1075).

Les avantages perdus par le refus d'un autre parti devraient aussi entrer en ligne de compte. Ces avantages cons-

titueraient, aux termes de l'article 1073, un gain dont le fiancé trompé aurait été privé, et une perte qu'il aurait faite.

Sous ce chef des pertes on devrait en outre, comprendre les sommes de deniers dépensées pour préparatifs de mariage, toilette de noces, apprêts de banquet, voyages inutiles et autres sujets semblables.

361. Prenons pour objet de comparaison avec la promesse de mariage, le contrat de société que deux personnes auraient promis de contracter ensemble et les dommages qu'entraînerait le refus par une des parties d'exécuter l'engagement. Je choisis la société comme terme de comparaison, parce que le mariage est aussi une société, mais une société indissoluble pendant la vie des deux associés, *consortio omnis vitæ*, la société la plus universelle dans les choses divines et humaines, *divini et humani juris communicatio*, et la plus intime : *Erant duo in carne unâ.*

Est-ce que l'associé trompé n'aurait pas contre l'associé réfractaire, une action de dommages à un montant égal au gain qu'il aurait retiré de la société convenue, si elle avait eu lieu et aux dépenses qu'il aurait faites pour la consommer ?

Cependant les principes généraux du droit régissant les effets de l'inexécution des autres contrats, ne peuvent pas s'appliquer ici ; la nature particulière du contrat de mariage qui n'est pas un contrat ordinaire, lui imprime des dérogations nécessaires ; et nous n'avons exposé ces principes, que parce que, pour établir les exceptions, il faut connaître la règle que ces exceptions prouvent, en la modifiant.

362. Parmi les dispositions requises pour faire atteindre au mariage sa perfection morale et lui faire produire la plus grande somme de biens, se trouve l'affection mutuelle des époux, l'amour conjugal qu'ils se jurent aux pieds des autels. C'est là une des conditions essentielles des mariages concordants. L'existence de cet amour réciproque qui est le vœu de la nature est aussi celui de la loi. Mais comme toutes les affections du cœur humain, ce sentiment est variable, et dans l'intervalle des fiançailles au mariage, il a pu sans aucune faute de

la part des fiancés, à leur insu, en dépit de leur volonté même, il a pu dis-je, insensiblement changer, graduellement s'affaiblir et finir par disparaître. Un mariage contracté en cet état mutuel d'indifférence, pourrait-il être conforme au vœu de la nature et au désir de la loi ? Le bonheur des époux, l'avenir des familles et le bon ordre de la société ne sont-ils pas au contraire, intéressés à repousser une alliance faite sous d'aussi tristes présages ? Or, ce que l'on dit du changement des deux fiancés, on peut l'appliquer avec une égale autorité au changement de l'un des deux. En ce double cas, où la volonté n'est aucunement complice du changement des deux ou de l'un des deux, il ne saurait être douteux que l'on doive tolérer un moindre mal pour en éviter un plus grand, et s'abstenir du mariage plutôt qu'y procéder avec des dispositions qui lui répugnent. C'est en ce sens que l'on peut dire que les mariages doivent être libres, *libera de jure debent esse matrimonia.* (1)

363. Le mariage qui est autant, sinon davantage, la communion des âmes que l'union des corps, et qui exige plutôt la continuité des affections du cœur que la persistance de la volonté, n'est donc pas un contrat comme un autre, et la rupture de la promesse qui le concerne ne peut pas être sujette en tous points aux règles qui se rapportent à l'inexécution des autres contrats. Sous ce rapport on pourrait presque dire que chaque promesse de mariage, contient la condition tacite, qu'il se contractera, si à l'époque fixée, les époux conservent l'un pour l'autre, une affection réciproque.

On comprend facilement que dans un cas de changement semblable, où il n'existe ni faute, ni dol, ni mauvais motifs ; où le refus du fiancé à qui il répugne de contracter des liens dont il ne se sent pas la force de supporter le poids, procède d'un sentiment consciencieux de son devoir envers lui-même

(1) C'est également en ce sens qu'une des Instructions sur les causes matrimoniales, données en 1837, par le Cardinal Archevêque de Vienne à son Clergé est ainsi conçue :

Obligatio standi promissis per contractum sponsalitium datis, tunc quoque cessat quando, omnibus perpensis circumstanciis, supponendum merito sit matrimonium à sponsis contrahendum infaustum fore.

et envers l'autre fiancé, auquel il ne veut pas s'unir, parce qu'il ne veut pas le tromper en lui promettant un bonheur qu'il ne peut garantir, on comprend dis-je, qu'il ne puisse être question de dommages proprement dits. Cependant si l'autre partie, restée étrangère à ce changement, qui pour être innocent de la part de celui qui y a été sujet, n'a pas néanmoins cessé de lui être personnel, a fait quelques dépenses avant d'en être avertie, elles devront incontestablement lui être remboursées. Le Défendeur sur l'action de dommages invoquerait sans succès l'irréprochabilité de sa conduite, et chercherait en vain à obtenir congé des fins de la Demande, sur le motif que son défaut provient de la faillibilité humaine, que devait connaître la partie Demanderesse, qui a contracté avec lui à ses risques et périls et à laquelle il n'a garanti que ses faits. On lui répondrait victorieusement que si son inconstance n'a pas été sa faute elle a été son malheur, et que la fidélité et la bonne foi de l'autre fiancé ne doivent pas en souffrir. Entre celui qui se trompe et celui qui souffre, la loi ne saurait balancer !

364. De ce qui précède concluons que le fiancé dont le refus d'exécuter les fiançailles provient d'un changement involontaire de dispositions et qui n'est répréhensible sous aucun autre rapport, ne peut être tenu qu'à indemniser par forme de dommages, l'autre partie des dépenses raisonnables encourues à l'occasion de la promesse et pour l'exécuter.

Cette première règle dérogatoire aux principes ordinaires, est conforme à l'article 1071 qui porte, " que le débiteur est " tenu des dommages et intérêts, toutes les fois qu'il ne jus- " tifie pas que l'inexécution de l'obligation provient d'une " cause qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait au- " cune mauvaise foi de sa part," mais elle est contraire à l'article 1073 en ce qu'elle exclue des dommages le gain qu'aurait fait l'autre fiancé par le mariage, et qu'elle limite la perte aux dépenses réellement faites.

Parcourons maintenant les cas où la rupture n'est pas exempte de blâme ou de faute et les divers degrés de cette faute. Un mariage peut être rompu par caprice, par légèreté

ou par intérêt. Sans pouvoir assigner à l'autre fiancé ou se les avouer à lui-même, des raisons spécifiques pour répudier sa promesse, un fiancé rompra capricieusement son engagement. Sur des soupçons jaloux et non fondés, un autre concevra des craintes injurieuses sur la fidélité future de l'autre partie et il manquera à sa promesse. Un troisième trouvera un établissement plus avantageux ; il lui sacrifiera le premier. Ce sont là des cas de mauvaise foi, qui en sus du remboursement des dépenses, c'est-à-dire des dommages réels, donneront ouverture aux dommages arbitraires qui sont une suite naturelle de la violation du contrat, tels que ceux qui résulteraient d'un préjudice moral fait à l'honneur, à la réputation ou au caractère de la partie délaissée.

Dans un autre cas, la faute remontera à la promesse elle-même, comme quand cette promesse a été contractée sans intention sérieuse et déterminée de l'exécuter. Ce sera un cas de dol et des dommages seront prononcés, qu'il y ait ou non preuve d'un préjudice moral.

Le motif pour prononcer ces dommages sera plus pressant encore, quand on aura recouru à de mauvaises voies, aux artifices, aux machinations pour arracher à l'autre partie une promesse qu'elle a donnée avec hésitation peut-être, pour se voir ensuite refuser le mariage. Il y aura eu là dol caractérisé, et la source des dommages sera plus abondante.

Que dire d'une promesse de mariage suivie de séduction et d'abandon. Il y a là délit joint à la rupture du contrat, et nous traiterons de ces cas plus bas.

365. A l'occasion du mariage abandonné par changement involontaire et conviction consciencieuse de ne pouvoir apporter les dispositions nécessaires au mariage et, de son incapacité d'en remplir les devoirs, il n'y a pas faute proprement dite et si les dépenses doivent être remboursées, c'est autant en vertu d'un principe de justice naturelle qui oblige chacun à réparer le mal qui résulte de son fait, que du contrat lui-même.

Il n'entre pas d'ailleurs dans les principes du droit que le

refus d'exécuter les fiançailles, quand il n'existe ni mauvaise foi, ni délit, soit puni de peines trop sévères. Quoique suivant que nous avons vu plus haut, (No. 356) les peines soient légitimement employées pour vaincre la résistance du fiancé réfractaire, ces peines doivent être modérées, de crainte d'exposer les parties à donner au mariage un consentement vicié par la violence. Covar. Prim. Pars. Cap. IV, No. 5. Sponsal. *Sed cum libera debeant esse conjugia neque à judice metus inferri debeat sponsis ne eorum consensus auferatur, oportet ut hæc sit moderata coactio.* La décrétale *Requisivit* nous en donne la raison : " parce que les contraintes de ce genre ont ordi- " nairement et fréquemment des résultats facheux," *quum coactiones hujus modi difficiles soleant exitus frequenter habere.*

C'est par respect pour ce principe de la liberté légitime du mariage, et pour ne pas le contrarier par la prononciation de dommages excessifs et en disproportion avec la faute involontaire, que nous enseignons que le refus du fiancé exempt de dol et de mauvais motifs, ne doit l'assujettir qu'à des dommages réels ; mais la mauvaise foi, le dol, le délit feraient dégénérer cette liberté en licence, en ce cas la sphère des dommages s'agrandit et ils doivent se porter sur d'autres objets. C'est ce que nous allons faire voir.

366. Quand l'inexécution de l'engagement provient du dol et de la mauvaise foi du fiancé, la responsabilité ne doit plus être limitée aux sommes d'argent réellement dépensées, ou à l'estimation pécuniaire des démarches et du temps perdu pour se préparer au mariage. Une autre règle doit prévaloir.

Le dol et la mauvaise foi sont inexcusables, ils rendent le débiteur responsable, non-seulement du dommage qui a été prévu, mais encore de celui que l'on n'a pu prévoir. Le débiteur qui se rend coupable de dol ou de mauvaise foi, s'oblige à la réparation de tout le tort qu'il causera, *sive velit sive nolit.* (art. 1074).

Dans le cas de dol ou de mauvaise foi de la part du fiancé réfractaire, il sera non-seulement tenu des dommages qui consisteront dans la restitution des sommes dépensées ou du préjudice pécuniaire causé, mais encore il sera responsable

comme nous venons de le dire, du préjudice moral souffert par l'autre partie, par les atteintes portées à son honneur et à sa réputation en conséquence de l'affront que lui a fait le refus de l'épouser, et même des difficultés de trouver un autre établissement. Il sera, en un mot tenu de toutes les conséquences dommageables qui sont résultées de son manque de parole ; que ces conséquences aient été ou aient pu être prévues ou non, lors de la promesse. Pourvu toutefois qu'elles soient une suite immédiate et directe de l'inexécution (art. 1075).

Quant au délit aggravant l'inexécution de la promesse, comme il consiste dans un acte défendu par le droit naturel et qui implique toujours une faute commise avec malice, il fera produire à cette inexécution les effets du dol dans toute leur étendue, tout en y ajoutant ses propres effets, qui sont d'engendrer à tous les chefs des dommages.

367. Nous faisons ce rapprochement entre le dol et le délit, parce qu'il est des actes qui par leur enchaînement avec la promesse inexécutée, constituent un dol caractérisé en même temps qu'ils sont, et qu'ils seraient même sans cette promesse, un délit. La séduction de la fiancée délaissée est de ce nombre. Cette séduction sans la circonstance de la promesse, donnerait lieu à l'action en dommages résultant du délit, en faveur de toute personne séduite. Il est d'autres actes dolosifs qui constituent un délit seulement à cause de leur liaison avec l'inexécution de la promesse, comme le seraient les motifs injurieux invoqués par le fiancé pour se soustraire à son engagement. Dans tous les cas, où le délit est joint au dol, les tribunaux doivent condamner le réfractaire sur tous les chefs de dommages, et pour tous les préjudices quelque en soit le caractère, moral ou matériel. Ils devraient même le condamner en l'absence de toute preuve de dommages, et à titre de peine, à ce que l'on est convenu d'appeler dans nos usages judiciaires, des dommages *exemplaires*.

Mais ces dommages doivent s'arrêter aux pertes souffertes, ce que les jurisconsultes appellent le *damnum emergens*, distingués du gain qu'a manqué de faire le fiancé trompé, *lucrum cessans*. Pour distinguer ces deux cas, on dit aussi que dans le

cas du *lucrum cessans*, le créancier du dommage *certat pro lucro captando*, et que dans celui du *damnum emergens*, il combat *pro damno vitando*. Ce qui veut dire que contrairement à la règle générale qui prend pour mesure du dommage le montant de la perte que le créancier a soufferte et du gain dont il a été privé (art. 1073), en matière d'inexécution des fiançailles, la partie Demanderesse sur l'action, ne peut jamais réclamer à titre de dommages, les gains pécuniaires qu'elle aurait pu faire par le mariage et la fortune qu'il lui aurait apportée. Nous l'avons déjà dit.

368. Elle ne peut dire à la partie en faute : Je serais riche si vous m'aviez gardé la foi que vous m'avez jurée et je suis restée en proie à la pauvreté ; j'occuperais un rang avantageux dans le monde et je suis restée dans l'obscurité ; je serais la compagne honorée d'un homme jouissant d'une position distinguée, et votre abandon m'a jetée dans la situation équivoque et blessante d'une promise abandonnée. Rendez-moi ces avantages perdus, non par l'accomplissement spécifique de votre promesse, par un mariage qu'en droit je ne puis vous demander, et dont d'ailleurs votre mauvaise foi ne pourrait que me faire tirer de funestes présages, mais en me payant une somme d'argent, qui quelque humiliante qu'elle soit, est la seule réparation que la loi me permette de réclamer pour la perte de tous ces avantages ! De son côté le fiancé trompé ne pourrait faire entendre à la fiancée infidèle un semblable langage. Si ce langage qui au point de vue du sentiment a bien son éloquence, était entendu des tribunaux, ce serait faire dégénérer le mariage en un simple contrat intéressé, en faire un marchepied pour arriver à la fortune, une carrière ouverte à l'ambition, et un engin de spéculation. Ce serait le faire déchoir de la dignité de son rang et l'avilir par de cupides intérêts.

Ce serait en outre enlever au mariage sa liberté naturelle, et faire, d'après le principe que nous avons exposé ci-haut, de la crainte de ces dommages exagérés, une voie de compulsion indue. Est-il d'ailleurs bien certain que ces dommages seraient

une suite directe et immédiate de la rupture du contrat? ce qui est une condition de leur légitimité.

369. Est-ce cependant à dire, que les pertes pécuniaires, même en dehors des sommes dépensées, des démarches inutiles dont l'indemnité serait due en vertu du simple quasi-contrat, ne puissent dans aucun cas, servir de base aux dommages ? Elles ne le peuvent à titre de gain perdu, parce que le gain dont la répétition n'est pas permise est un profit, qui a pour effet d'améliorer la position de fortune de celui qui le réclame, de l'enrichir, et que personne ne doit s'enrichir au moyen de l'inexécution d'une promesse de mariage, mais il en serait autrement si l'indemnité pécuniaire était nécessaire pour réparer les torts faits à la fortune ou à la condition pécuniaire de celui qui souffre du refus de mariage. Alors ce ne serait plus *pro lucro captando*, mais *pro damno vitando*, que la demande serait intentée.

Supposons le cas de la rupture de la promesse, avec séduction suivie de grossesse, enlevant à la fiancée déshonorée les moyens de gagner sa vie ; celui d'une institutrice qui en vue d'un prochain mariage quitterait ses classes ; d'un employé qui sur l'espoir d'un mariage avantageux, abandonnerait son poste sans pouvoir en trouver un autre et ainsi de tous les cas, où la rupture de la promesse porterait atteinte aux moyens d'existence de la partie qui en est la victime ou lui occasionnerait une perte réelle, temporaire ou permanente. En accordant des dommages comme compensation de ces pertes ou même une pension alimentaire à titre de dommages, si l'obstacle apporté aux moyens d'existence était perpétuel, les tribunaux ne feraient que remettre les parties au même état qu'elles étaient avant la rupture de la promesse, en compensant les pertes, sans accorder un profit à la partie qui gagnerait sa cause. Tout le gain de cette partie consisterait à ne rien perdre.

Sur cette distinction entre le gain que l'on manque de faire et la perte éprouvée par la rupture de la promesse, Favard de Langlade dont l'opinionjouit d'une grande autorité déjà cité au mot, Obligation, sect. III, page 6, s'exprime ainsi :

" Il résulte nettement de ces arrêts (*ceux cités plus haut*) et " de plusieurs autres qu'il serait superflu de rapporter ici, parce " qu'ils reposent sur la même base, que quelque soient les mo- " tifs de l'inexécution d'une promesse elle ne donne jamais lieu " à des dommages et intérêts à raison du gain (*lucro captando*), " que manque de faire la personne que l'on refuse d'épouser, et " que, par suite la clause pénale stipulée en cas d'inexécution " d'une telle promesse, est nulle comme se rattachant à une con- " dition essentiellement contraire aux lois ; mais que cette per- " sonne a droit à des dommages et intérêts à raison de la perte " (*damno vitando*) qu'elle éprouve, ce qui dépend toujours des " circonstances que les juges du fond sont chargés d'apprécier.",

370. Le succès de la partie qui porterait une action de dommages pour rupture de promesse accompagnée de délit, ne souffrirait pas un obstacle absolu du défaut de preuve de la promesse, si le délit était prouvé, et par ce mot entendu dans son sens le plus large, nous comprenons ce que l'on appelle techniquement l'*injure personnelle*, consistant dans la diffamation ou le tort malicieux fait à la sensibilité, à l'honneur, à la réputation ou au bien-être *incolumitas* d'autrui, laquelle constitue une faute qui donne ouverture à l'action en réparation civile. Cette injure commise à l'occasion de la promesse pourra constituer une rupture frauduleuse de cette promesse, lui faire produire sur la mesure du dommage, les effets du dol et agir comme cause concomitante de dommages, mais en l'absence de cette circonstance, elle produira seule les conséquences qui lui sont propres. L'action pour simple injure ou délit aurait aussi sa compétence sans y ajouter le chef tiré de la rupture du contrat. Les deux actions, l'action contractuelle pour rupture de la promesse, et l'action pénale pour injure ou délit, peuvent être intentées séparément on conjointement, mais le sort de l'une n'est pas lié à celui de l'autre, puisque bien qu'elles aient un résultat commun produit par la faute, elles ont en droit et en fait, une existence distincte.

Ce principe a été consacré en 1862, par un jugement de la Cour de première instance, modifié sur l'appel, mais pour d'autres motifs dans l'espèce suivante :

Le sieur Poissant, cultivateur de St. Philippe, avait fréquenté la Demoiselle Barette, fille majeure du lieu, et l'avait recherchée en mariage. Mais cette recherche n'était qu'une feinte pour voiler ses desseins licencieux. Un enfant étant né de leurs rapports, la demoiselle Barette sur le refus du sieur Poissant de l'épouser, intenta contre lui une action en déclaration de paternité, à laquelle elle ajouta un chef pour dommages, fondé sur la rupture d'une promesse de mariage qu'elle articulait, et pour laquelle elle réclamait une somme s'élevant à un chiffre considérable.

Au procès elle faillit à prouver la promesse, ne produisant pas d'écrit, et la preuve testimoniale qu'elle apporta ne révéla que quelques aveux vagues. Elle réussit cependant à établir que Poissant avait tenu de mauvais propos sur son compte.

La Demande contenait trois chefs, 1o. la demande en déclaration de paternité ; 2o. Une demande de pension alimentaire pour l'enfant né des œuvres du Défendeur ; 3o. Une demande en dommages et intérêts. Sur les deux premiers chefs, il ne pouvait y avoir de difficulté ; la paternité était manifeste.

Sur la troisième la question se soulevait de savoir, si vû le défaut de preuve de la promesse de mariage, la Demanderesse pouvait obtenir des dommages. La Cour se fondant sur les mauvais propos tenus par le Défendeur et sur l'ensemble de sa conduite qui révélait de sa part, tout un plan de séduction ourdi contre l'honneur de la Demanderesse, accorda à cette dernière, outre les autres chefs, mille piastres de dommages et intérêts.

371. Le quasi-délit qui consiste dans un fait nuisible à autrui commis par imprudence, négligence ou inhabilité, mais sans intention de nuire et qui est la quatrième source des obligations, pourrait aussi être une cause de dommages, à l'occasion d'une promesse, ou projet de mariage, et des fréquentations ayant trait à un mariage non contracté. Il serait difficile de préciser ces cas. Mais comme ainsi que le dit Duranton (1) " il n'est pas de matière plus abstraite que celle relative aux

(1) Liv. III, Tit III, vol. 10, page 503, No. 480.

" dommages-intérêts, la loi n'a pu tracer que des principes " généraux, en s'en remettant à la sagesse des tribunaux, pour " leur application, selon les circonstances et les faits de la " cause," il n'est pas impossible, suivant que nous l'avons déjà dit, qu'il se rencontre, dans les nombreux rapports de la vie sociale, un concours de faits et de circonstances, où l'imprudence soit assez grande pour donner lieu aux dommages à ce titre de quasi-délit. (1)

(1) Tout en reconnaissant en principe la responsabilité de l'auteur de la violation de la promesse, tant en droit canonique qu'en droit civil, les auteurs sont fort sobres d'explications sur l'étendue de cette responsabilité.

Les paragraphes 9 et 10 du titre 1 des instructions de l'Archevêque de Vienne, auxquelles la note de la page 406 a fait allusion, s'expriment simplement comme suit :

§ 9. *A sponsalibus absque legitima causa resiliens, nec non qui legitimam resiliendi causam vel celaverit, vel sua culpa adduxerit, tenetur ad resarciendum altero pro pessonarum et rerum adjunctio damnum quod resiliendo ipsi infertur.*

§ 10. *Quod si autem circumstanciæ quibus suppositio ista inititur culpa unius partis exortæ sint, hæc alteri damnum quod ipsi frustatis justis ejus expectationibus illatum est pro viribus resarcire tenetur.*

Resiliens culpabiliter a sponsalibus perdit suos arrhas et tenetur ad alterius partes reddendas ac at restitutionem quanti ejus intereral talem contractum impleri. Lig. No. 852, *Lib.* 6, *Cap.* 1.

Les auteurs civils surtout ceux qui ont écrit sous l'ancien droit, ne sont guère plus explicites sur la nature des dommages.

C'est ainsi que Pothier (Mariage), No. 52, se contente de dire : " Tout " le pouvoir du juge d'Eglise se porte à imposer cette pénitence ; il ne " peut statuer sur les *dommages et intérêts* résultant de l'inexécution des " fiançailles ; s'il le faisait il y aurait appel comme d'abus."

Au No. 53 : " Lorsque le juge trouve l'engagement valable, il con- " damne la partie qui refuse de l'accomplir, à une somme à laquelle il " arbitre les dommages et intérêts dus à l'autre partie pour l'inexécution " de l'engagement."

" Les dépenses que les recherches de mariage ont causées, pendant " tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui se plaint de l'inexécution des " fiançailles et la perte du temps qu'elles lui ont causée, sont les objets les " plus ordinaires de ces dommages et intérêts. L'affront que souffre la " partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer, dans le

372. Reste maintenant la seconde partie de la Cinquième Question.

Les dommages peuvent-ils consister en une peine stipulée d'avance contre le fiancé qui viole la foi des fiançailles ? En d'autres termes : *la stipulation de la clause pénale ou dédit de mariage est-elle valable ?*

L'article 1076 décrète : " Lorsque la convention porte qu'une " certaine somme sera payée comme dommages-intérêts pour " l'inexécution de l'obligation, cette somme seule, et nulle " autre plus forte ou moindre est accordée au créancier pour " ses dommages-intérêts."

Cet article 1076 qui correspond à l'article 1152 du Code Napoléon, couché en ces termes : " Lorsque la convention " porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une cer- " taine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être " alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre,' répond dans l'affirmative à cette question. Mais le pape Grégoire IX a, il y a bien des siècles, répondu négativement

" cas auquel il y a lieu de craindre, qu'il n'ait fait manquer son établisse- " ment avec quelque autre."

" Le Répertoire de Merlin au mot Fiançailles, tome 5, page 204, VI. dit " simplement : " L'effet des fiançailles est qu'elles produisent une obli- " gation réciproque de contracter mariage ensemble ; mais si l'un des " deux fiancés refuse d'accomplir sa promesse, le juge d'Eglise ni le juge " laïque ne peuvent pas l'y contraindre, et l'obligation se résoud en dom- " mages et intérêts sur lesquels le juge laïque peut seul statuer et non le " juge d'Eglise. Ces dommages et intérêts s'estiment en égard au préjudice " que l'autre fiancé a pu souffrir, et non en égard à l'avantage qu'il peut " perdre."

Page 205 IX : " Ces dommages et intérêts doivent être arbitrés relati- " vement aux dépenses que les recherches de mariage ont occasionnées à " celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles, et aux autres torts " qui ont pu lui résulter de cette inexécution."

De Héricourt. Lois Ecclésiastiques, n'est pas plus explicite sur la mesure de ces dommages.

" Les dommages et intérêts auxquels," dit-il, Troisième Partie, chap. 5, page 32, XIII, " les juges laïques condamnent ceux qui ne veulent pas exé- " cuter leur promesse d'épouser, sont réglés suivant les différentes cir- " constances par rapport aux parties et à la qualité des personnes."

par la Décrétale *Gemma.* (De *Sponsal.* cap. XIX) ainsi conçue : " *Gemma mulier nobis exposuit, quod, quum T. filia ejus cum C. contraxit matrimonium, B. de Alferio ea occasione, quod inter P. filium suum et prædictam puellam infra septennium constitutos sponsalia contracta fuerunt, pœnam solvendam a parte, quæ contraveniret, in stipulatione appositam, ab ipsa nititur extorquere. Quum itaque libera matrimonia esse debeant, ideo talis stipulatio propter pœnæ impositionem sit merito improbanda, mandamus, quatenus, si est ita, eumdem B., ut ab extorsione prædictæ pœnæ desistat, ecclesiastica censura compellas.*"

L'espèce de cette décrétale est comme on voit, la suivante : Une femme du nom de *Gemma* ayant donné en mariage sa fille à T., B. prétendant que P. son fils avait avec T. pendant que les deux enfants étaient encore au-dessous de sept ans, contracté des fiançailles, contenant la stipulation d'une somme payable par la partie contrevenante, réclamait cette somme. Gemma soumit cette demande au pape Grégoire IX, qui répondit : que vû que les mariages doivent être libres, cette stipulation de la peine était tout-à-fait invalide et que B. devait être contraint par censure ecclésiastique, à se désister de sa prétention.

Cette décrétale de Grégoire IX est conforme à l'opinion de Paul que nous avons citée au No. 310 et qui est la loi 134 du Tit. 1 du Livre 45 du Digeste.

372 *bis.* " Suivant l'ancien droit des Latins, au rapport d'Aulugelle, 4 *noct. attic*, est-il dit au Répertoire de Merlin, Vo. *dédit*, quand l'un des fiancés refusait d'accomplir le mariage, l'autre avait une action pour cet objet ; et si celui qui refusait n'avait aucune excuse légitime, le juge le condamnait à des dommages et intérêts proportionnés au préjudice que l'autre souffrait."

" Cependant si les parties excédant les bornes raisonnables, stipulaient quelques peines en cas d'inexécution, la loi voulait qu'une telle stipulation fût nulle de part et d'autre, attendu que le mariage doit être contracté librement, comme il vient d'être constaté par la loi *Titia*, empruntée aux Réponses de Paul."

L'Empereur Léon le Philosophe, par la novelle 18, voulut

réformer ce droit, et obliger au paiement de la peine promise celui ou celle qui refuserait d'accomplir ses promesses.

Depuis la décrétale *Gemma* qui fait loi sur le sujet, le droit canonique conforme en ce point au droit civil, a voulu que les mariages fussent libres, sans qu'aucun pût y être contraint *pœnæ vinculo.* Le sentiment des canonistes et des théologiens paraît unanime à ce sujet." (1)

Telle était aussi la maxime de l'ancien droit français. " C'est par cette même raison," dit Pothier n. 44, " qu'on n'a " dans notre jurisprudence, aucun égard aux stipulations pé- " nales par lesquelles un homme et une femme se promettent " réciproquement une somme d'argent, ou quelque autre " chose, en cas de refus d'exécuter les promesses de mariage " qu'ils se sont faites, lorsque la somme ou la chose promise " excède ce que le juge estime être dû pour les dommages et " intérêts. Notre jurisprudence est en cela conforme au droit " canonique ; *cap. Gemma* 29, *extr. de Sponsal.*"

(1) *Sanchez, lib.* 1, *Disput.* 30, *n.* 2. *Prima concl. pæna adjecta contractui sponsalium est prorsus irrita ; quare violans fidem non tenetur in utroque foro eam solvere : Sic definitur expresse C Gemma de sponsal. & l. Titia* 134 *de* § *de Verb. oblig. & l. fin. C. de sponsal.* & l. 39 *tit.* 2, *p.* 5. *Et ratio est ut matrimonii libertati consulatur, ne timore pænæ solvendæ coactè iniatur, et hæc concl. est omnium.*

Zoezius. In Decret. Lib. Tit. 1 *de Sponsal. n.* 82 *Textus indistincti pænarum adjectionem irritent, eo quod sit contra bonos mores libertatem matrimonii adjectione pænæ, non tantum si per contrahentes adjiciatur, verum et etiamsi per eos, qui contrahentibus sunt conjuncti : ut probabile sit fore, ut inducatur isto metu ad ineundum matrimonium. Idem dicendum, si inter extraneum et alterum contrahentium fuerit conventum de pæna, cum et hoc in casu eadem militet ratio.*

Lig. 853. *Notandum* 2o. *quod promissio pænæ appositæ in resilientem est illicita et invalida ex C. Gemma de sponsal. quia per hujus modi pænam matrimonii libertas læderetur.*

Instruction de l'Archevêque de Vienne plus haut citée.

§ 109. *In eos qui promissionem sponsalibus datam implere recusant admonitione potius quam coactione agendum est. Omnis pactio de pæna conventionali, si a sponsalibus resiliretur, persolvenda non tantum illicita, sed etiam invalida est.*

Pothier cite aussi au soutien de son opinion, l'arrêt du 29 août 1713, mentionné ci-haut au No. 343.

On peut aussi invoquer dans le même sens, Bacquet, *des Droits de Justice*, chap, 21, n. 352 ; Louet, lett. m, n. 24 ; Cambolas, chap. 22 du second livre de ses Décisions notables ; Bardet, tom. 2, liv. 8, chap. 15 ; Chenu, dans sa seconde *Centurie*, chap. 43 et 44, et le Code Matrimonial, au mot *Promesse de mariage*, qui rapporte les trois arrêts suivants, portant respectivement les dates du 14 décembre 1590, du 26 mai 1666, et du 31 janvier 1704. Le premier est du Parlement de Toulouse, et les deux autres sont du Parlement de Paris.

373. Premier arrêt.—Barthelemy Ganel traitant du mariage de son fils, convint avec le père de la demoiselle de Savy, que celui qui romprait le mariage donnerait à l'autre, savoir lui Ganel, cent écus et Savy cinquante. Le fils de Ganel refusa d'accomplir le mariage. Savy attaqua le père en condamnation de la somme convenue. La sentence ordonna que Ganel paierait les cent écus. Ganel s'étant rendu Appelant de cette sentence, par arrêt au rapport de M. de Chauvet, il fut déchargé des condamnations prononcées, et la convention de dédit de mariage déclarée *contraire aux bonnes mœurs.*

Second arrêt.—Le nommé la Roche et la nommée Journier, ayant fait un contrat de mariage, y stipulèrent une peine de 350 livres à défaut d'accomplissement du mariage. Par l'arrêt suscité du 26 mai 1666, il fut jugé que la peine n'était pas due par la Roche, qui refusait d'exécuter le contrat de mariage ; mais il fut condamné aux dommages et intérêts à donner par déclaration.

Par le troisième arrêt, l'acte contenant un dédit stipulé dans une promesse de contracter mariage est déclaré nul, comme contraire aux bonne mœurs.

Le Répertoire de Merlin ci-haut cité au mot *dédit*, conclut comme suit ses remarques sur ce sujet : " Ainsi les clauses " pénales stipulées en cas de dédit en exécution des promesses " de mariage ne sont pas obligatoires."

Les Editeurs du Nouveau Denizart, terminent ainsi l'article inséré sous le mot *Dédit*, vol. 6, page, 64 : " En général, dans

le cas de l'inexécution de l'obligation la peine est due, quoique l'inexécution n'ait fait aucun tort à celui au profit de qui la peine a été stipulée. Ce principe souffre exception par rapport à la peine stipulée dans l'inexécution d'une promesse de mariage. Le dédit en ce cas doit toujours être réduit à des dommages et intérêts proportionnés au tort résultant de l'inexécution de la promesse ; ce qui est fondé sur ce que la loi réprouve toute convention contraire à la liberté du mariage."

" On trouve dans la gazette des tribunaux l'espèce d'un arrêt du Parlement de Rouen, du 18 août 1781, par laquelle la demoiselle de Minières a été condamnée en vingt mille livres de dommages et intérêts envers le sieur de Launey pour l'inexécution d'une promesse de mariage."

" Dans cette espèce les parties étaient convenues mutuellement d'un dédit de pareille somme ; et il parait que le Parlement a jugé, que d'après les circonstances cette somme n'était pas une indemnité trop forte du tort que le sieur de Launey avait souffert."

Bien que ce dernier arrêt et quelques autres ne semblent pas considérer le dédit comme frappé de nullité absolue, puisqu'ils réduisent la peine contractuelle au chiffre des dommages et intérêts soufferts, (1) il n'en est pas moins vrai, que si aucuns dommages n'étaient établis, elle serait rejetée en entier, ce qui est contraire aux clauses pénales, insérées dans les autres contrats et fait voir que par lui-même le dédit de mariage n'a aucune valeur.

La même faveur attachée à la liberté du mariage doit aussi faire repousser les conclusions *si mieux n'aime épouser*,

(1) Cette réduction de la peine au chiffre du dommage réellement souffert ne prouve pas la validité de la clause pénale *per se*, mais cette peine est en ce cas considérée comme un engagement pris par le fiancé contre venant, de payer les dommages qui pourraient résulter de son infraction.

Ce tempérament fort raisonnable apporté à l'application du principe qui déclare nulle la stipulation de la peine est adopté par Sanchez, *loco citato*, n. 15.

Hinc infertur valere promissionem solvendi interesse, sub nomine interesse quamvis non valeat sub nomine pœnæ. Sic Anton. d. c. Gemma n. 9, *fin. ibi Alex. de Nevo, n.* 20, *explicans bene de interesse damni, non autem de interesse lucri. ratione dicta n. præced.*

qui se trouvent dans certaines actions pour inexécution de la promesse. (1) Cette faculté laissée au Défendeur de se soustraire à une condamnation aux dommages ou au paiement de dommages déjà liquidés, par un mariage arraché à la crainte ou déterminé par l'avarice, constituerait une voie de contrainte indue.

374. Nous avons dit que la rupture de la promesse entachée de délit produit deux actions, l'une *ex contractû* et l'autre *ex delicto*, qui peuvent être intentées simultanément ou séparément et que l'événement du procès sur un chef, peut rester indépendant de l'autre. Il est également certain, que même sans l'intervention d'une promesse spécifique de mariage, les fréquentations entre deux personnes, peuvent, à raison de la conduite imprudente ou malicieuse de l'une, donner lieu à un recours en dommages pour torts faits à l'autre, ce qui dépendra de circonstances difficiles à prévoir et plus difficiles encore à énoncer. Ces circonstances entreront dans les règles communes à la nature des dommages et intérêts résultant des délits et quasi-délits, mais la nature de ces fréquentations leur imprimera une gravité particulière.

Il nous reste trois points à examiner. La circonstance que la faute résultant de la rupture de la promesse ou du délit, a été commise pendant la minorité de celui qui s'en est reudu coupable, peut-elle constituer une fin de non-recevoir contre l'action, comme dans les matières ordinaires? Il ne peut y avoir de question pour le délit ou le quasi-délit dont la minorité ne couvre ni excuse la faute. Mais elle existe par rapport à la rupture de la promesse. Poursuivi en dommages-intérêts le

Dans ce numéro précédent savoir le No. 14, l'auteur avait fait la distinction émise ci-haut dans le texte, que l'inexécution de la promesse ne peut donner lieu aux dommages résultant de l'omission du gain, mais seulement à ceux résultant de la perte. Voici ses paroles même :

Tertia sent. ait exigi posse interesse consistens in damno emergenti, ut si alter sponsus ratione sponsalium expensas fecerat, non autem consistens in lucro cessanti, quod ex matrimonio provenire debebat. Prob. quia interesse damni non potest species pænæ appellari, sed resarcitio damni : at lucrum cessans non potest dici propriè lucrum. nam matrim. minime ad illud dirigitur, nec jus ad illud habetur, nisi matrim. jam contracto.

(1 Merlin Rép., Vo. Fiançailles, vol. 5, p. 206. Pothier, Mariage, n. 54.

Défendeur pourra-t-il invoquer sa minorité, plaider lésion pour se soustraire à la demande, et se faire relever de son obligation ? Si la question devait être jugée suivant les principes du Code Napoléon, qui considère le mariage comme un contrat purement civil, elle devrait peut-être être résolue dans l'affirmative. Mais il n'en est pas ainsi d'après le droit canonique, qui reconnait la validité des fiançailles contractées par un mineur âgé de plus de sept ans, et c'est d'après le droit qui régit la formation du contrat, qu'on doit juger de sa résolution. *Omnis res, per quascumque causas nascitur, per easdem dissolvitur.* Extr. de Reg. jur. cap. 1.

Cependant tout en maintenant la validité des fiançailles, les tribunaux civils pourront modérer les dommages, à raison des circonstances tirées de l'époque de la minorité, pendant laquelle elles auront été contractées, c'est-à-dire de l'âge plus ou moins avancé de celui qui aurait fait la promesse, et de son degré de raison. Ils pourraient même les refuser en entier, s'il y avait eu lésion énorme (1) provenant de la fraude pratiquée au préjudice du mineur, s'il était démontré que ce mineur n'était pas en possession d'un jugement suffisant pour contracter délibérément. Ce serait alors la fraude et le défaut de raison reconnus aussi bien par le droit canonique que par le droit civil, comme causes de nullité, qui en feraient prononcer la résolution.

375. Un préjugé a longtemps existé au barreau, allant à dire qu'une fille majeure ou une veuve n'a point d'action de dommages, à raison de la séduction pratiquée à son préjudice pendant sa majorité ou sa viduité, et il existe plusieurs jugements qui refusent ces dommages pour ce motif, tout en accordant contre le père une pension alimentaire à l'enfant né d'un commerce illégitime. C'est là une erreur qui n'est justifiée par aucun principe légal. Nul doute que s'il était prouvé, que ce commerce a eu lieu du plein consentement de la femme et en l'absence de tout dol, artifice, fraude ou délit, en un mot sans mauvaises voies employées par le père, et qui se présument ordinairement à raison de la faiblesse de son sexe, dans le

(1) Par exemple, dans les conventions matrimoniales.

cas où la femme ou fille séduite est restée honnête jusqu'à l'époque de la fornication, il ne saurait y avoir de dommages. *Volenti non fit injuria.* Cette présomption cesse dans le cas de mauvaises mœurs qui donnent lieu à la présomption contraire. La distinction entre la majorité et la minorité ne servira donc qu'à soulever une présomption qui lui sera favorable ou défavorable,quand il s'agira de rechercher le consentement de la femme, et le degré de séduction pratiquée pour la faire succomber.

376. Nous avons fait plus haut une distinction entre le cas où un terme de rigueur est fixé pour l'exécution des fiançailles, qui s'évanouissent par l'expiration du délai, sans que le mariage aît été célébré, et celui où sans fixer de temps, les parties promettent de s'épouser à première réquisition, ce qui s'insère généralement dans les contrats de mariage. En ce dernier cas nulle action de dommages ne peut être exercée contre l'époux réfractaire,sans une mise en demeure d'exécuter son engagement.

D'après l'article 1067, la mise en demeure doit être faite par une interpellation judiciaire, ou une demande par écrit. Un protêt notarié serait une demande suffisante. " A moins " ajoute l'article, " que le contrat lui-même ne soit verbal." Mais comme nous avons dit qu'une preuve verbale n'est pas valide, il s'en suit qu'une demeure verbale serait insuffisante.

Nous terminons ici cette dissertation sur cette matière bien plus importante qu'à première vue on ne serait porté à le croire, et qui en ce pays emprunte son intérêt à l'incertitude de la jurisprudence sur le sujet. Car il faut bien le dire, la question des dommages et intérêts pour rupture des fiançailles n'a jamais été discutée à fond devant les tribunaux, et les jugements rendus dans les diverses espèces qui s'y sont agitées, n'ont reposé que sur des aperçus superficiels et ont plutôt été l'œuvre de la routine que d'un examen approfondi.

Il faut cependant faire une exception par rapport à la cause de Grange v. Benning, où la Défense a cherché son succès, dans la doctrine de l'immoralité de la promesse comme con-

traire à la liberté des mariages. C'est surtout pour repousser cette doctrine que nous croyons dangereuse et fausse à tous les points de vue, que nous avons cherché la démonstration de la thèse contraire, dans les principes fondamentaux du droit matrimonial, et que nous avons remonté jusqu'à sa source.

Dans la cause de Grange v. Benning, les jugements contraires à la prétention de la Défense qu'ils ont repoussée, ne l'ont cependant pas discutée, et à part quelques aperçus généraux plutôt empruntés à la morale qu'à la légalité, ils sont d'une stérilité qui contraste avec l'abondance du sujet envisagé au double point de vue social et juridique.

Il n'y a pas qu'en droit français que l'on considère comme légale la promesse de mariage au point de vue des obligations civiles qu'elle produit et des dommages pour leur inexécution. Un grand nombre de Codes étrangers en contiennent une disposition expresse. Dans les pays où elle n'est pas écrite en termes exprès, comme dans la législation française et la nôtre, cette disposition résulte tacitement des traditions de l'ancien droit matrimonial, qui nous l'avons déjà dit, était le droit canonique dans l'Europe presque entière.

377. Nous n'avons pas besoin de répéter que cette doctrine est en pleine vigueur en Angleterre, où ainsi qu'aux Etats-Unis d'Amérique, les actions pour *breach of promise of marriage* sont d'un usage journalier. Il en est ainsi dans les Provinces d'Ontario, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick.

Quelques décisions et quelques opinions isolées prononcées en Angleterre, sont des exceptions qui prouvent la règle générale au lieu de l'infirmer.

Le Code de la Louisiane où les traditions du vieux droit français sont encore vivantes, art. 1928, par. 3, porte : " Lorsque " le contrat a pour but de procurer à quelqu'un une jouissance " purement intellectuelle, telles que celles qui tiennent à la " religion, à la morale, au goût, à la commodité et à toute es " pèce de satisfaction de ce genre, quoique ces choses n'aient " pas été appréciées en argent par les parties, des dommages " n'en seront pas moins dus pour la violation de la convention. " Un contrat qui a pour but une fondation religieuse ou chari-

" table, une *promesse de mariage*, ou l'entreprise de quelque ou-
" vrage appartenant aux beaux-arts est ce ce genre."

Le Code Prussien dit que : " Lorsque les fiançailles seront
" dissoutes par la faute de l'une des parties, elle rendra à
" l'autre tous les présents qu'elle en aura reçus, et ne pourra
" redemander ceux qu'elle aura donnés. La partie coupable
" est tenue d'indemniser la partie innocente des frais et des
" dommages qu'elle peut lui avoir causés."

D'après le droit commun Allemand : " Les promesses de
" mariage ou les fiançailles donnent lieu à une action. Les
" lois particulières exigent à cet effet qu'elles soient revêtues
" de certaines solennités. En Prusse elle doivent être passées
" en justice ou devant notaires."

" Cependant, la plupart des lois les plus récentes publiées,
" limitent l'action pour l'inexécution d'une promesse de ma-
" riage, à des dommages et intérêts, qui ne sont dus que si
" l'on a éprouvé un préjudice réel."

Anthoine de St. Joseph, *Concordance des Codes*, *vol.* 1, *page* 14, Droit commun Allemand, Tit. VI, Nos. 82 et 83.

Le Code des Deux-Siciles, porte art. 148 : " La promesse de
" mariage n'a d'effet légal que lorsqu'elle est faite devant l'of
" ficier de l'état civil. Elle donne lieu, en cas d'inexécution, à
" la réparation des dommages et intérêts, au profit de la per-
" sonne qui n'a pas donné de motifs raisonnables de refus."

Code Sarde art. 107 : " Lorsque le juge ecclésiastique a dé-
" claré les fiançailles valables, ou que la validité n'en est con-
" testée par aucun des contractants, si l'un d'eux refuse d'ac-
" complir sa promesse, l'autre pourra, quand d'ailleurs les
" fiançailles auront été contractées, conformément à ce qui
" est prescrit par l'article précédent, réclamer pardevant le
" tribunal de judicature mage, les *dommages qu'il aura réelle-*
" *ment soufferts*. Dans ce cas on n'aura égard ni aux dommages
" éventuels, ni aux clauses pénales qui auraient été stipu-
" lées."

Canton de Vaud, art. 61 : " Une promesse de mariage ne
" donne action en droit, qu'autant qu'elle a été faite devant le

" juge de paix en son audience, ou devant notaires ou par pu-
" blication en chaire."

" L'effet de cette promesse est de contraindre au mariage la
" partie qui s'y refuse, ou si elle persiste dans son refus, de la
" faire condamner à des dommages et intérêts envers l'autre
" partie."

Code Autrichien, art. 45 : " Les fiançailles ne produisent
" aucune obligation légale, soit quant à la conclusion du ma-
" riage, soit pour la prestation convenue en cas de dédit."

46. " Seulement, la partie qui n'a donné aucun motif réel
" au dédit a le droit de demander comme réparation des dom-
" mages et intérêts."

Ce serait cependant une grave erreur de dire que dans les pays qui ont codifié leurs lois qui n'en contiennent pas de disposition expresse et en l'absence de semblables dispositions, le refus de contracter un mariage convenu n'engendre point de dommages et intérêts. C'est le contraire qui devrait être décrété, pour justifier le rejet d'une action fondée sur les principes antiques et immuables des contrats et qui a son origine dans le droit naturel.

La conclusion de cette dissertatîon est donc que l'inexécution de la promesse de mariage produit des dommages et intérêts d'après les règles qui vont servir de résumé à la présente Section.

RÉSUMÉ DE CETTE SECTION.

PREMIÈRE QUESTION.

378. *Définition et caractères des fiançailles.*

1o. Les fiançailles consistent en une promesse réciproque, sérieuse et arretée de contracter un mariage futur.

2o. Cette réciprocité de la promesse est une des conditions essentielles des fiançailles.

3o. Les fiançailles et les promesses réciproques de mariage sont en droit une seule et même chose. (1)

(1) Il doit être bien compris que dans cette Section nous ne traitons des promesses de mariage que considérées comme fiançailles, lesquelles ne peuvent exister sans réciprocité de promesses, *repromissio,* ce qui est l'ac-

4o. Il n'est pas nécessaire que la réciprocité de la promesse soit expresse. Elle peut se déduire des circonstances.

5o. La solennité des fiançailles n'en est que l'accessoire et n'en affecte pas la substance. Sans le secours de la solennité ou d'aucune forme quelconque, les simples promesses de mariage produisent les mêmes effets que les fiançailles solennelles.

6o. Il ne s'agit ici que des fiançailles ou promesses de ma-

ception ordinaire attribuée à l'expression *promesse de mariage* elle même.

C'est en ce sens que nous avons dit page 323, No. 301 : " Toutes fiançailles sont des promesses de mariage et toutes promesses de mariage sont des fiançailles," et à la page 333, No. 311 : " Il y a entre les fiançailles et la promesse de mariage, parfaite identité, équation absolue," pour faire comprendre que toute promesse qui ne contient pas ce double engagement ne peut produire les effets des fiançailles. L'emploi fait ordinairement dans le langage juridique du mot promesse de mariage, au lieu de fiançailles, prête à une équivoque contre laquelle nous avons voulu mettre le lecteur en garde, en l'avertissant que ce qui se trouve dans les auteurs à l'endroit des conditions voulues pour constituer des fiançailles valables, doit s'appliquer aux promesses de mariage, pour les faire considérer comme des fiançailles, et produire une obligation dont l'inexécution entraînera des dommages-intérêts.

Ce n'est pas que nous perdions de vue, qu'en droit naturel et d'après les principes du droit ecclésiastique, une promesse de mariage acceptée, mais non suivie de promesse réciproque, produira des engagements légitimes et notamment l'obligation de la part du promettant d'épouser la personne à qui la promesse a été faite, sans que cette dernière soit tenue à la même obligation, s'il est prouvé que telle promesse a été faite par le promettant purement et simplement et sans intention d'exiger de l'autre une semblable promesse.

Dans les termes du droit, cette promesse gratuite et unilatérale, toute extraordinaire qu'elle puisse paraître, produit, d'après les canonistes les plus accrédités, un engagement licite qui obligera la partie qui l'a contractée, à épouser l'autre quand celle-ci l'en requerrera.

Cependant comme en même temps que cette volonté de l'acceptant, qui si elle est manifestée en temps utile, obligera le promettant à l'épouser contiendra virtuellement une seconde promesse, *repromissio*, elle complètera les fiançailles qui l'obligeront lui-même, *ex nunc*, à épouser l'autre, comme les deux parties y eussent été obligées, *ex tunc*, si la seconde promesse avait eu lieu en même temps que la première.

Ainsi à ce point de vue, la distinction entre la promesse unilatérale et

riage pures et simples, à la différence des fiançailles conditionnelles, *sub conditione*, ou sous un délai, *in diem*, qui cessent d'être obligatoires si la condition *défaillit* ou si le délai expire, sans que le mariage ait été exigé.

SECONDE QUESTION.

379. *Conditions, validité des fiançailles et de leur formation.*

1o. Les fiançailles constituent un contrat bilatéral dont les conditions habilitantes et les causes de nullité sont celles des autres contrats.

la promesse bilatérale semblerait consister en une question de temps. Dans le premier cas le promettant dit : je m'engage à vous épouser, sans ajouter : si de votre côté vous m'acceptez et me faites la même promesse. Par sa promesse même, si elle est acceptée, il s'oblige à contracter mariage. Mais l'acceptation seule ne suffira pas pour le forcer à exécuter son engagement. Il faudra que l'autre partie lui notifie son intention de l'épouser, et elle ne pourrait le faire sans s'obliger elle-même au mariage.

Dans le second cas, le premier promettant dit : je vous promets de vous épouser, si vous me faites la même promesse. Jusqu'à la seconde promesse qui ne peut être faite sans acceptation de la première, le premier promettant n'était pas obligé, mais il le devient dès l'instant où cette seconde promesse est faite, comme le second promettant l'est devenu lui-même. Le résultat pratique ne sera-t-il pas le même dans les deux cas ?

Dans le premier cas la promesse parait pure et simple, mais en réalité elle devient conditionnelle comme dans le second cas, puisque pour être exécutée elle a besoin non seulement d'être acceptée mais qu'elle doit être suivie sinon expressément du moins implicitement,d'une seconde promesse, *repromissio*, de la part de l'acceptant, laquelle résulte de la volonté de ce dernier de forcer l'autre à l'épouser.

Il est d'ailleurs difficile de concevoir la validité de la promesse unilatérale de faire un contrat bilatéral, comme l'est le mariage. On conçoit qu'on puisse s'obliger valablement, en promettant à quelqu'un de faire une chose qui n'exige pas son concours : Je vous rendrai gratuitement quelque service ! Promesse de contrat unilatéral, qui oblige par la seule acceptation. Mais comment peut-on s'obliger envers quelqu'un, à faire un contrat bilatéral et synallagmatique, la vente par exemple, sans vouloir engager l'autre partie également à faire sa part du contrat ; dans le cas de la vente à acheter ? Ce n'est pas que s'il était prouvé, qu'en faisant l'offre ou la promesse de vendre, le promettant se serait engagé à vendre à l'acceptant sans que celui-ci devint obligé lui-même à acheter, ce promettant n'aurait pas contracté une obligation naturelle. Mais il faudrait que la stipula-

2o. Etant un contrat consensuel tous les vices de consentement, c'est-à-dire, le défaut de raison, l'erreur, la violence, le dol et la fraude annulent les fiançailles.

3o. Les fiançailles ne peuvent en outre être contractées, si le mariage en contemplation est frappé de quelque empêchement, exception étant faite à l'égard de l'empêchement provenant du défaut d'âge ; les fiançailles contractées après l'âge

tion fût expresse ; sans cela la présomption serait contraire. Il semblerait en devoir être ainsi de la promesse de mariage, et l'on ne conçoit guère que l'on puisse promettre à quelqu'un le mariage, sans entendre le lier par une semblable promesse. L'utilité de cette promesse est au moins contestable.

Aussi tous les canonistes n'admettent pas la validité d'un semblable engagement. St. Liguori, qui au liv. 6, n. 886 et 837, tient pour plus probable l'opinion de ceux qui admettent l'obligation résultant de cette promesse, cite plusieurs auteurs qui lui sont contraires, et après avoir rapporté le sentiment de ceux qui lui sont favorables, ajoute : *Recte vero advertunt, l. c. et Tamb. de matr. tr.* 3, *cap.* 1, § 1, *n.* 4, *quod regulariter nunquam sponsi intendunt gratis se obligare sine conditione quod alter etiam se obliget.*

Schmalzgrueber qui reconnait la validité de cette promesse de la part d'une partie, sans qu'elle produise l'effet des fiançailles par rapport à l'autre, dit au No. 45, Tit. 1, que la question de savoir si l'acceptation contient une seconde promesse, et par conséquent consomme les fiançailles, dépend des circonstances ; ce qui parait tout-à-fait raisonnable.

L'auteur du présent ouvrage n'entend cependant pas interposer son sentiment sur ce point, qui n'est pas à proprement parler de son ressort et qui ne peut guère se présenter en droit civil. Des observations venant de haut lieu, observations toutes bienveillantes, lui ayant été faites, exprimant des craintes que l'assimilation qu'il a faite des promesses de mariage avec les fiançailles ne parût trop absolue, et vouloir ignorer l'aperçu ci-haut exposé du sujet, il a fait cette note explicative pour dissiper ces appréhensions.

On doit pourtant ajouter ici,que la simple promesse de mariage dont il est question à l'article 62, comme ne donnant pas ouverture à l'opposition au mariage, n'est pas la promesse unilatérale et gratuite dont il vient d'être parlé, mais bien la promesse réciproque, que suivant ce qui a été dit plus haut dans le texte, les Rédacteurs du Code ont jugée avec raison insuffisante pour suspendre le mariage, pour la raison bien simple, que les fiançailles ne forment pas un empêchement de mariage ; abstraction faite bien entendu, du cas d'honnêteté publique.

de sept ans accomplis étant valables, si les fiancés sont doués d'un jugement suffisant pour donner un consentement valable.

4o. Dans les termes du droit, les fiançailles peuvent se contracter *par la chose*, *par signes*, *par paroles ou par l'écriture. Re*, *verbis*, *litteris*, *et consensu.* Elles peuvent se contracter par procureur.

5o. D'après l'Ordonnance de Moulins, et celle de 1639, nulle autre preuve qu'une preuve écrite ne peut cependant en être reçue. (1)

TROISIÈME QUESTION.

380. *Causes de dissolution des fiançailles.*

1o. L'exécution des fiançailles ne peut être compulsoire. Les fiançailles peuvent être résolues pour dix causes différentes. Ces causes sont absolues ou relatives.

Les causes absolues sont *a.* un mariage subséquent. *b.* l'ordination et la profession religieuse. *c.* la survenance d'un empêchement dirimant.

Les causes relatives sont *d.* le consentement mutuel. *e.* la fornication. *f.* un changement notable dans l'esprit, dans les biens du corps, dans les biens de la fortune. *g.* le grand éloignement. *h.* le délai, *tempus*, c'est-à-dire l'expiration du temps fixé pour contracter le mariage. *i.* la jactance. *j.* l'âge de puberté ; c'est-à-dire, quand des fiançailles sont contractées par des impubères, et que tous deux ou l'un d'eux, parvenus à l'âge

(1) Malgré les termes de l'article 7 de l'Ordonnance de 1639 encore plus précis dans sa disposition particulière à la preuve des fiançailles que l'Ordonnance de Moulins et celle de 1667, relativement à la prohibition générale de la preuve testimoniale, il serait permis à une partie de compléter par témoins la preuve du mariage dont il existerait un commencement par écrit, et de faire cette preuve par le serment de la partie. Il n'est pas de la promesse du mariage, comme du mariage lui-même qui ne peut être prouvé par les aveux judiciaires des parties.

Ce que nous avons dit de la nécessité d'une preuve écrite, surtout au No. 314 où nous avons traité l'écrit comme une solennité, à l'instar de la donation entrevifs, est trop absolu.

La Cour du Banc de la Reine à Québec, a le 20 Février 1844 jugé en ce sens dans la cause d'Asselin vs. Belleau.

de puberté, refusent de ratifier l'engagement contracté pendant l'impuberté des deux ou de l'un d'eux.

2o. La survenance de l'une ou de plusieurs de ces causes, peut faire rompre les fiançailles, sans exposer le fiancé ou les fiancés qui les invoquent aux dommages et intérêts ; excepté pourtant dans le cas du mariage subséquent d'un des fiancés avec une autre personne ; dans lequel cas la partie frustrée de son droit, a une action contre l'autre, en réparation du tort qui lui a été fait.

3o. Le fiancé qui après avoir connu les transgressions de l'autre fiancé, les tolère, perd le droit de s'en plaindre et reste obligé d'exécuter son obligation, comme si ces transgressions n'avaient pas eu lieu.

4o. Celui qui peut invoquer une cause de résiliation, peut renoncer à son droit et forcer l'autre à accomplir l'engagement, comme si cette cause n'avait pas eu lieu. La règle n'est pas réciproque, et le fiancé coupable ne peut invoquer sa faute et forcer l'autre fiancé à accomplir les fiançailles.

5o. En offrant une dispense de l'empêchement produit par le commerce charnel d'un fiancé avec un parent ou une parente du fiancé ou de la fiancée coupable, la partie innocente peut forcer l'autre à remplir son engagement. Cette règle n'est pas non plus réciproque, et la partie lésée par ce commerce ne peut être tenue au mariage.

6o. Dans les pays comme le Bas-Canada, où il n'existe pas d'officialités ou tribunaux ecclésiastiques du for contentieux, il ny a pas lieu devant les autres tribunaux qui sont les tribunaux civils, à la procédure spéciale en exécution ou dissolution des fiançailles ou promesses de mariage, et c'est sur l'action en dommages et intérêts civils intentée à cause de la rupture de la promesse, que ces tribunaux civils connaissent incidemment du maintien ou de l'invalidité de ces promesses. Mais c'est d'après les principes du droit canonique ci-haut énoncés qu'ils doivent prononcer.

7o. Chaque fois que la partie recherchée à cause de l'inexécution de la promesse, trouve dans ces principes une justifica-

tion de son refus, elle doit avoir congé de la demande, et par contre, elle est sujette à des condamnations, s'ils ne lui fournissent pas de légitime défense.

QUATRIÈME QUESTION.

381. *Des peines résultant de l'inexécution des fiançailles et en particulier des dommages et intérêts.*

1o. Les peines résultant de l'infraction des promesses de mariage, sont la perte des arrhes, la restitution des présents de noces faits entre fiancés et la prestation des dommages et intérêts.

2o. D'après la jurisprudence des arrêts sous l'ancien droit en France, il était parfaitement établi, que l'inexécution d'une promesse de mariage, non justifiée, donnait ouverture à l'action en dommages et intérêts. Le principe de cette action se trouve dans le droit commun qui punit par des dommages et intérêts l'inexécution de tout engagement.

3o. La promesse de mariage est sous tous les rapports, une obligation valable et licite, et la doctrine qui cherche à la faire réputer un pacte immoral comme hostile à la liberté du mariage, est elle-même fausse de tous points et contraire aux principes fondamentaux de la société religieuse et civile. Autant vaudrait dire que le mariage lui-même est un acte illicite et immoral, puisqu'il comprime bien davantage que la promesse, la liberté d'en contracter un autre pendant la vie des époux.

4o. Sous le Code Napoléon, la jurisprudence repousse également la prétention que la promesse de mariage est un engagement illicite, et à quelques exceptions près, la somme des auteurs abonde dans le sens de cette jurisprudence qui attache la peine des dommages et intérêts au refus de contracter un mariage convenu.

5o. Ces auteurs ne sont point d'accord sur la mesure de ces dommages. Mais par le fait qu'il attribuent à l'inexécution, la vertu de produire des dommages, quelque en soit le motif, prouve la validité de l'engagement, de la même manière qu'on ne peut reconnaître la légitimité de l'effet sans reconnaître également la légitimité de la cause.

CINQUIÈME QUESTION.

382. *Mesure de ces dommages, qui ne peuvent cependant avoir pour base légale, une peine contractuelle contre la partie contrevenant à la promesse.*

1o. Quoique la promesse de mariage soit comme le mariage, soumise aux règles communes aux contrats, les règles propres à l'exécution des contrats ne s'appliquent pas dans toute leur étendue à l'inexécution de cette promesse. Cette application reçoit des limitations tirées de la nature du mariage lui-même qui n'est pas un contrat ordinaire. La liberté naturelle qui doit présider à ce contrat imprime des modifications nécessaires à la mesure des dommages résultant de la rupture de la promesse.

Dans les contrats ordinaires, le dommage causé par l'inexécution de l'engagement, consiste dans le montant de la perte soufferte et dans la privation du gain qu'aurait procuré l'exécution de l'engagement. Le dommage causé par l'inexécution de la promesse de mariage ne peut jamais consister dans l'évaluation du gain. La perte seule peut servir de base à l'estimation du préjudice.

2o. Si l'inexécution de la promesse n'est accompagnée ni de dol, ni de mauvaise foi, et que le refus d'épouser paraisse provenir d'un changement exempt de faute, dans les dispositions du fiancé réfractaire, ce dernier n'est tenu que de restituer les sommes de deniers dépensées par l'autre fiancé, en conséquence de la promesse et à l'occasion du mariage convenu.

3o. Dans les cas de dol et de mauvaise foi, le fiancé contrevenant est tenu, outre cette restitution de la perte réelle, à la prestation de tous les dommages soufferts à raison du préjudice moral aussi bien que matériel éprouvé par l'autre partie, et ces dommages sont à l'arbitrage des tribunaux.

4o. Dans le cas où le dol, la fraude et la mauvaise foi constituent par eux-mêmes un délit ou une injure personnelle, accompagnant la rupture de la promesse, outre les deux chefs de dommages ci-haut mentionnés, des dommages et intérêts

exemplaires ou à titre de peine, peuvent être prononcés par les tribunaux sans preuve d'aucun préjudice moral ou matériel.

5o. Le dédit de mariage ou la clause pénale imposée à la promesse, par lequel dédit ou clause pénale, il est stipulé qu'une somme d'argent ou une chose ayant une valeur lucrative sera payée ou livrée par le fiancé réfractaire à l'autre fiancé, est nulle de plein droit comme contraignant la liberté raisonnable du mariage. Dans le cas où il n'existe pas de dommage à raison d'aucun des chefs ci-haut mentionnés, cette stipulation est nulle pour le tout, et dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où il y a lieu aux dommages, le montant du dédit doit être réduit au chiffre de ces dommages et doit être rejeté pour le surplus. Si le dommage est égal à la peine, le montant en sera accordé en entier. Ce ne sera pourtant pas en vertu de la stipulation même, mais bien en conséquence de l'inexécution de l'engagement, que le montant stipulé sera payable. (1)

(1) Les exigences de la publication de ce volume dans une Revue Mensuelle, *La Thémis*, à nombre obligé de pages par livraison, nous forcent à remettre au prochain volume, dans lequel nous rejetterons aussi quelques autres questions annoncées dans celui-ci, le débat indiqué au No. 298, engagé dans la Chambre des Communes anglaises, sur l'action de dommages pour rupture de promesse de mariage.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

SOMMAIRE.

383. Sur la théorie des nullités du mariage les règles de l'ancien droit étaient fort simples.

384. L'incapacité de le contracter est au fond de la nullité de tout contrat de mariage. L'effet de la nullité absolue et de la nullité relative du mariage est le même.

385. La différence dans les termes d'empêchements absolus et d'empêchements relatifs n'indique pas de résultats différents. Ces mariages frappés d'empêchements dirimants non dispensés provenant du droit positif, sont aussi nuls que ceux qui sont frappés d'empêchements résultant du droit naturel.

386. La nullité de tout mariage doit être prouvée judiciairement. Cette maxime fait justice de la doctrine des mariages nuls et des mariages annulables. L'organisation de l'action en nullité d'après notre Code est incomplète.

387. Il est conforme à la nature des choses que la durée de toutes les actions en nullité de mariage ne soit pas la même ; que la durée de quelques-unes soit, suivant les causes qui les produisent, perpétuelle, que d'autres soient temporaires, et que le droit d'action soit dans chaque cas limité à des personnes particulières.

COMMENTAIRE.

383. Nous voici parvenus à la partie de ce titre qui traite des demandes en nullité de mariage, sanction indispensable des dispositions contenues aux chapitres précédents.

Sur la théorie des nullités de mariage, les règles de l'ancien droit français, empruntées au droit canonique, étaient fort simples. La nullité du mariage, nous n'avons pas besoin de le répéter, était produite par les empêchements dirimants.

Quoique considéré comme sacrement, le mariage l'était

aussi comme contrat, et on suivait sur les demandes en nullité de mariage, les règles usitées pour la nullité des autres contrats.

Nous nous abstiendrons de détails inutiles sur la théorie des nullités, pour n'en rappeler que les règles indispensables que nous avons déjà indiquées. La première règle, la règle fondamentale, est que pour faire valablement un contrat, il faut avoir la capacité et remplir les conditions essentielles requises par la loi pour sa formation. C'est sur cette règle qu'est fondée la théorie des empêchements dirimants, en ce que chaque empêchement de ce genre est produit par le défaut de capacité des conjoints ou de l'un d'eux, ou le non accomplissement d'une ou de plusieurs conditions essentielles établies par le droit pour le contracter valablement. Ce que nous prouverions facilement en parcourant tous les empêchements et en faisant voir la cause de chacun.

384. Dans l'énumération des choses nécessaires pour constituer la validité d'un contrat, l'article 984 exige le concours de parties ayant la capacité légale de le faire et l'article 985 suivant ajoute, que toute personne est capable de contracter, si elle n'en est pas expressément déclarée incapable par la loi.

Les personnes qui sont incapables de contracter mariage, sont donc celles que la loi déclare telles, soit absolument, en décrétant qu'elles ne peuvent contracter aucun mariage quelconque, soit relativement, c'est-à-dire avec certaines personnes et dans certaines circonstances déterminées. De là les incapacités absolues produisant des empêchements ou nullités absolues, et les incapacités ou nullités relatives.

Mais cette distinction entre l'incapacité relative ou absolue, n'opère en aucune manière sur les degrès de la nullité, et n'en affecte aucunement l'étendue. La nullité est la même dans les deux cas, et elle est entière et radicale. Ainsi la loi défend le mariage des impuissants, en déclarant qu'ils ne peuvent jamais et dans aucun cas, contracter mariage. Voilà un empêchement absolu, produisant une nullité absolue. Elle défend également le mariage entre le frère et la sœur. Ici se trouve un empêchement relatif, et qui produit une nullité qu'on pourrait appeler relative. Mais dans le fond, le ma-

riage du frère et de la sœur est aussi complètement et aussi radicalement nul que le mariage de l'impuissant. Un acte nul est celui qui ne produit aucun effet : c'est le néant qui n'a pas de degrés. Or, le mariage du frère et de la sœur ne produit aucun effet ; c'est le néant tout comme le mariage de l'impuissant. Les nullités de ces deux mariages sont donc insusceptibles de différences. Elles sont les mêmes dans les deux cas, c'est-à-dire entières.

385. Les termes d'empêchements et de nullités absolues et de nullités relatives ne sont donc pas employés ici pour faire des distinctions entre les effets de ces nullités.

On ne pourrait pas invoquer l'origine différente des empêchements qui viennent les uns du droit naturel, et les autres qui procèdent du droit positif pour établir une distinction dans leurs effets et dans la nullité qu'ils engendent, puisque certains empêchements relatifs proviennent du droit naturel et qu'il se trouve des empêchements absolus qui procèdent du droit positif. Dira-t-on qu'en général, les empêchements relatifs offrent des obstacles moins graves à la moralité du mariage que les empêchements absolus, et citera-t-on l'empêchement résultant de l'honnêteté publique, de l'adultère, de la disparité du culte comme des empêchements moins graves que le défaut de raison, le défaut de puberté, l'impuissance et un mariage subsistant qui sont des empêchements absolus ? La réponse sera qu'il n'appartient ni aux tribunaux ni à la doctrine, de critiquer la sagesse des dispositions de la loi qui a reconnu aux seconds empêchements la même puissance de frapper le mariage de nullité qu'aux premiers, et que distinguer entre les deux classes d'empêchements, c'est établir des distinctions sans différence. Tous les empêchements dirimants doivent donc emporter au même degré la nullité des mariages qui en sont affectés, les empêchements de droit positif comme ceux de droit naturel, quand il n'y a pas bien entendu, de dispenses des premiers.

386. Cette nullité doit être déclarée judiciairement, car quelque nul que puisse être un mariage suivi de cohabitation, il produit certains effets apparents qu'il faut détruire, un

titre coloré qu'il faut faire rejeter ; il donne lieu à des prétentions dont il faut faire proclamer l'inanité. La nullité de tout mariage doit donc être prononcée par jugement. Pas plus en cette matière, moins même qu'en toute autre, il n'est permis de se faire justice à soi-même.

Cette nullité radicale du mariage caractérise la théorie des mariages nuls et des mariages annulables, proposée par quelques Commentateurs du Code Napoléon, et en particulier par Demolombe (1) et Marcadé, (2) distinction établie avant eux par Blackstone, (3) et dont il sera question plus tard pour en faire voir les anomalies.

Le chapitre actuel emprunté presque mot pour mot au Code Napoléon, n'organise l'action en nullité de mariage que pour les empêchements provenant du défaut de liberté dans le consentement, du défaut de consentement des père et mère, tuteur et curateur aux mariages des enfants mineurs, de la parenté et affinité en ligne directe à tous les degrés, en collatérale au premier degré et de la parenté au degré d'oncle et de nièce ou de tante et de neveu, du défaut d'âge et de la non-publicité du mariage. Ce chapitre pêche sans doute par omission, en ce qu'il est silencieux sur la nullité résultant des autres empêchements, mais bien qu'il semble limiter l'effet des nullités provenant de ces empêchements particuliers, contrairement à la règle retracée ci-haut sur l'effet uniforme des nullités, il ne pêche pas par omission, contre les principes du droit, en restreignant à certaines personnes le droit d'action en nullité, et en limitant la durée de cette action dans ces divers cas.

387. Quoique l'effet de tous les empêchements soit le même, et que cet effet soit la nullité du mariage, en ce qu'ils emportent l'incapacité de le contracter, il est conforme à la raison et à l'intérêt public, que toutes les nullités du mariage ne puissent pas être invoquées par toutes les personnes ; que la durée de l'action en certains cas soit perpétuelle, et temporaire dans d'autres cas ; qu'il puisse exister des fins de non

(1) Mariage, tome 1, No. 237 et suivants. (2) Mariage, chap. IV, No. 617 et suivants. (3) Chap. XV, Husband and wife, 434.

recevoir contre certaines actions et qu'elles soient repoussées par rapport aux autres ; en un mot que sur la demande en cassation du mariage, il existe des distinctions fondées sur la différence des motifs qui la fait demander.

En règle générale, on conçoit que pour faire accueillir une demande en cassation de mariage, il faille avoir un intérêt à la porter, et que tous les intérêts n'engendrent pas cette faculté ; que pour les demandes fondées sur le défaut de prestation d'un libre consentement, la ratification du mariage en fasse légitimement présumer la liberté dans l'origine et qu'il en soit ainsi du laps de temps écoulé sans plainte ; que pour le défaut d'âge, qui crée une présomption d'impuberté, la conception de la femme repousse cette présomption et coupe court à toute réclamation, et ainsi de suite, de plusieurs autres fins de non-recevoir fondées sur la morale publique, intéressée à ne pas multiplier les procès sans des raisons impérieuses. C'est sur ces distinctions que sont basés les articles qui vont suivre, depuis l'article 148 à l'article 156 du présent chapitre, que nous allons d'abord parcourir rapidement et dans son ordre calqué sur le Code Napoléon, pour en faire ensuite l'objet d'un traité distinct où les principes de la matière seront exposés et complétés suivant le droit ecclésiastique. Nous avons pu jusqu'ici au moyen de transitions ménagées avec soin et de digressions cousues au texte du Code, faire marcher de front les deux droits, mais la chose est désormais impossible, sous peine de créer une confusion inextricable ; nous devons donc les traiter à part par la suite, en commençant par le droit civil, ainsi qu'à l'instar du Code Napoléon, le Code du Bas-Canada en traite dans le reste de ce chapitre et des autres chapitres du présent titre.

ARTICLE 148.

Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

ARTICLE 149.

[Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue.]

SOMMAIRE.

388. Il ne s'agit pas ici d'un mariage totalement nul pour défaut de raison, mais à cause d'un consentement vicieux comme serait le consentement extorqué par la violence ou entaché d'erreur.

389. Le droit d'intenter la demande n'appartient qu'aux époux ou à l'un des époux violentés ou trompés. Les pères et les mères ne peuvent demander la nullité du mariage de ce chef, pas même du mariage de leurs enfants mineurs.

390. L'article 149 est de droit nouveau, et contraire aux principes de l'ancien droit. Citation de Pothier. Il est absolument contraire aux principes dans le cas du rapt de violence. Aussi ne s'agit-il pas de ce rapt dans le cas du présent article.

391. Quel est le sens de ces mots cohabitation continue dont se sert l'article ?

COMMENTAIRE.

388. Il s'agit dans l'article 148, non d'un mariage nul, à raison du défaut total de consentement, cas prévu par l'article 146, comme le serait celui d'un individu privé de raison, et qui est incapable de donner un consentement quelconque, pas même un consentement vicieux, mais des cas où le consentement donné n'a pas été libre, en ce que la volonté de la personne qui l'aurait donné, aurait été contrainte ou surprise, comme dans le cas de violence ou d'erreur, dont nous traiterons plus tard au long. (1)

L'article dit, que les deux époux dont le consentement n'a pas été libre, peuvent attaquer leur mariage. Ce cas ne peut être que celui de la violence pratiquée par des personnes

(1) Dans le prochain volume.

étrangères, sur les deux époux, sans que l'un d'eux y ait participé. Car dans ce cas de participation, on ne pourrait pas dire que le consentement de l'époux qui aurait été l'auteur de la violence ou qui y aurait pris part, n'a pas été libre. Il n'y aurait alors que l'époux violenté qui pourrait faire prononcer la nullité du mariage.

Pour le cas d'erreur, il n'est pas nécessaire de faire cette distinction, car il est clair que les deux époux ne peuvent pas être dans l'erreur, et que l'erreur doit être la suite de la fraude de l'un d'eux. Ainsi c'est à l'autre que l'article permet de faire annuler le mariage.

389. Le droit d'intenter l'action en nullité pour cause de violence et d'erreur, n'appartient qu'à l'époux violenté ou trompé. L'étendue de la violence et de l'erreur, et l'influence qu'elles exercent sur la volonté, ne sont guères appréciables que par ceux qui en sont victimes, et la loi refuse cette action à toute autre personne, quels que soient ses rapports de parenté ou d'alliance avec l'époux.

Ainsi les père et mère ne peuvent demander la nullité du mariage de ce chef, pas même du mariage de leurs enfants mineurs. Cette action ne passe pas non plus aux enfants, et s'éteint à la mort de l'époux. Elle ne dure même que six mois dans certains cas.

L'article 149 qui ne fait durer l'action intentée pour cause de violence, que six mois à compter de la cessation de la violence, est emprunté à l'article 182 du Code Napoléon, et est de droit nouveau. En effet, l'ancien droit ne reconnaissait pas en thèse générale et rigoureuse, cette fin de non-recevoir qui est arbitraire. Pothier au No. 318 de son Traité du mariage, s'exprime ainsi à l'égard de la violence : " Observez aussi que, " lorsque la violence a les deux qualités (c'est-à-dire que la " violence a été atroce et contre les bonnes mœurs) celui qui " a été contraint à contracter mariage, est reçu à se pourvoir " contre son mariage, quoiqu'il se soit écoulé déjà un certain " temps depuis qu'il a été contracté, et quoiqu'il y ait des en- " fants nés de ce mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt " du 24 avril 1651, rapporté par Soëfve (tome I, cent. 3, ch. 74)

" et au journal, par lequel un mariage a été déclaré nul pour
" cause de contrainte, quoique la partie qui se plaignait
" d'avoir été contrainte à le contracter ne se fût pourvue qu'a-
" près trois ans de cohabitation et qu'il y eût des enfants nés
" de cette union."

On conçoit que le Code Napoléon qui traite le mariage uniquement comme contrat civil, ait établi cette disposition qu'on est surpris de voir sanctionnée par le nôtre. L'empêchement de l'erreur et de la violence est de droit naturel, et il n'en est accordé aucune dispense.

Comment peut-on limiter la durée de l'action qui naît de ce chef ? La chose peut se comprendre à la rigueur pour l'erreur, qui n'a point de manifestation extérieure et dont l'époux trompé est le seul juge. Pour lui on peut dire que sa cohabitation pendant six mois, depuis qu'il prétend avoir découvert l'erreur, est une présomption qu'il n'a pas été trompé ou qu'après avoir reconnu l'erreur, il a donné un consentement qui réhabilite le mariage. Les fins de non-recevoir sont fondées sur des présomptions de ce genre. La même chose pourrait se dire de la violence, si elle n'a pas été suffisante, et si elle ne s'est pas produite dans des circonstances assez éclatantes pour caractériser le rapt de violence, mais ce dernier cas révèle dans toute son étrangeté, l'anomalie de l'article. Nous avons vu plus haut, que tant que la personne ravie est au pouvoir du ravisseur, elle ne peut contracter avec lui un mariage légitime. Purger par six mois de cohabitation, les vices de cette union, sans la réhabiliter, n'est-ce pas simplement légaliser le concubinage ? Une personne ravie aura contracté pendant qu'elle était encore sous la puissance du ravisseur, un mariage nul, et aura vécu pendant six mois avec son prétendu mari qui refuse de réhabiliter leur mariage. Pressée par le repentir, elle veut briser les liens de cette union scandaleuse, et demande la nullité de son mariage. Les tribunaux repousseront sa demande et la renverront à son prétendu mari, parce qu'elle a laissé écouler six mois sans se plaindre ! N'est-ce pas tout simplement dire qu'une prescription de six mois légitimera le désordre et légalisera le crime ?

Ce résultat serait trop étrange pour que nous étendions jusqu'au rapt l'application de l'article. Les auteurs d'ailleurs, traitent de la violence, comme viciant la liberté du consentement à l'instar de l'erreur et du rapt, comme de deux empêchements distincts. Hâtons-nous donc de dire, que la violence dont il s'agit ici, n'est pas le rapt dans lequel la violence entre sans doute comme élément de l'empêchement, mais qui exige en outre l'enlèvement de la personne ravie avec l'intention de l'épouser, circonstance qui n'est pas nécessaire pour contraindre la volonté et vicier le consentement.

L'époux qui pour faire annuler son mariage, se plaint d'erreur commise par lui sur la personne de son conjoint, de la violence exercée par ce conjoint ou d'autres personnes, peu importe le fait, pour extorquer son consentement, serait donc, d'après notre article, quelque soit le mérite de cette disposition, repoussé par une fin de non-recevoir, tirée de la cohabitation pendant six mois après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence. La preuve de la cohabitation retombera sur le défendeur, *ei qui dicit incumbit probatio.*

391. L'article dit six mois de *cohabitation continue.* Quelle est l'acception légale de ces mots ? Leur sens littéral est bien connu, mais il s'agit d'en restreindre l'interprétation dans des limites raisonnables, afin de rencontrer l'esprit de la disposition. Ce que peut avoir en vue l'article, n'est pas une cohabitation de six mois non interrompue dans le fait, mais dans l'intention, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu communication constante entre les époux, mais qu'il faut qu'il n'y ait pas eu dans les six mois interruption de l'intention de vivre maritalement. Ainsi toute absence de l'un des époux arrivée pendant les six mois, et suivie d'un retour à la vie conjugale, ne saurait créer une interruption fatale, quel qu'en ait été la durée. L'absence pourrait même encore durer à l'expiration des six mois, si jusque-là, les époux avaient témoigné du désir de se réunir, au retour de l'époux absent. Une rupture suivie de réconciliation et de cohabitation pendant six mois serait encore de nature à produire la fin de non-recevoir.

D'un autre côté, si l'absence ne repousse pas toujours l'idée de la continuité de cohabitation, la demeure des époux sous le même toit, n'est pas non plus toujours efficace à l'établir. Il peut arriver qu'après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, l'époux trompé ou violenté, soit par la force des circonstances forcé de vivre sous le même toit que l'autre époux, tout en se refusant aux actes de la vie conjugale, en protestant même contre l'erreur commise ou la violence soufferte. Ici l'habitation commune ne prouverait pas la cohabitation.

L'on conçoit qu'en cette matière où le fait et l'intention sont liés si étroitement, que sans en réunir les inductions, on ne peut presque jamais établir le point litigieux de la cohabitation, la décision est toujours abandonnée aux circonstances et à la discrétion des tribunaux. Six mois d'habitation morcelée, ne suffisent pas pour établir la fin de non-recevoir, puisque l'habitation doit être continue. Mais est-il nécessaire que ces six mois commencent à compter du jour de la découverte de l'erreur et de la cessation de la violence, ou bien si à quelque époque qu'ils viennent se placer après cette découverte ou cette cessation, pourvu qu'ils aient été continus, sont-ils suffisants pour faire repousser la demande ? La rédaction de l'article qui dit : *toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue*, sans distinguer entre les époques, favorise certainement la dernière interprétation corroborée par la raison de la loi. Il est peu important en effet, que cette cohabitation ait eu lieu dans les premiers six mois, ou dans un intervalle plus éloigné, après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, pour créer une présomption de consentement originaire.

Nous n'avons jusqu'ici, parlé que de l'erreur et de la violence, comme affectant la liberté du consentement. Dans les autres contrats, le dol est également fatal au consentement. Mais en matière de mariage, le dol seul et sans être lié à l'erreur, comme la cause l'est à l'effet, ne forme pas un moyen de nullité.

ARTICLE 150.

Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, tuteur ou curateur ou sans l'avis du conseil de famille, dans le cas où le consentement ou avis était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement ou avis était requis.

ARTICLE 151.

Dans le cas des articles 148 et 150 qui précèdent, l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par le tuteur ou curateur, ni par les parents dont le consentement est requis, toutes les fois que ce mariage a été approuvé expressément ou tacitement, par ceux dont le consentement était nécessaire ; ou lorsqu'il s'est écoulé six mois sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.

SOMMAIRE.

392. L'action en nullité suivant cet article doit s'intenter dans l'ordre établi par les articles 119, 120, 121 et 122.

393. L'article 122 ne dit pas expressément que les parents doivent être consultés quand le tuteur refuse son consentement ou qu'il tolère ces mariages. Quoique non écrite, cette obligation de la part du tuteur de consulter les parents dans ces cas résulte de l'ensemble des articles ci-haut cités. Raisons à l'appui de cette opinion.

394. Quand les parents ont été consultés bien que leur avis n'ait pas été suivi, ils n'ont pas le droit d'attaquer le mariage. Explication de cette anomalie. Les ascendants en viduité ayant le droit d'assister au conseil de famille, ont aussi celui d'attaquer le mariage. Application de cet article aux enfants illégitimes.

395. Disposition extraordinaire de l'article 151 qui prohibe l'action en nullité du mariage pour défaut de consentement des parents, chaque fois que ce mariage est approuvé par ceux dont le consentement était requis.

396. Suite du No. précédent.

COMMENTAIRE.

392. Nous avons vu sur les articles 119, 120, 121 et 122, que les père et mère, tuteur et curateur à l'émancipé, (ces derniers, à défaut des père et mère,) devaient donner leur consentement au mariage de leurs enfants mineurs et pupilles et que les tuteurs et curateurs sont tenus avant de donner ce consentement, de prendre l'avis du conseil de famille, dûment convoqué pour en délibérer. L'article 150 limite à ces personnes, c'est-à-dire au père et à la mère, au tuteur et au curateur du mineur émancipé, le droit d'attaquer le mariage contracté sans ce consentement. Naturellement cette attaque doit se faire dans l'ordre et suivant la gradation établie par ces articles. Le père, s'il vit, a seul le droit de se pourvoir contre le mariage ; s'il est mort ou s'il était dans l'impossibilité de donner son consentement lors du mariage, vû que dans les deux cas, le consentement de la mère était nécessaire, si elle ne l'a pas accordé, c'est à elle qu'appartient la faculté d'attaquer le mariage. Si le père était mort après le mariage contracté sans son consentement, l'action en nullité appartiendrait à la mère. Si le père et la mère, vivant lors du mariage contracté contre leur volonté, étaient tous deux morts depuis, le tuteur ou le curateur du mineur émancipé, pourraient le faire annuler aussi bien dans ce cas, que dans celui de la mort du père et de la mère à l'époque du mariage, et dans le cas où leur propre consentement était nécessaire et qu'il n'aurait pas été accordé. Quant aux parents, ils n'ont le droit de faire annuler le mariage, que dans le cas où ils devaient être consultés, c'est-à-dire, dans le cas de mort des père et mère lors du mariage et où le tuteur ou curateur auraient consenti au mariage, sans les avoir consultés, sur convocation du conseil de famille. Il en serait de même, si le tuteur n'avait pas consenti au mariage, soit qu'il eût refusé son consentement, soit qu'il ne lui eût pas été demandé, soit que le mariage se fut fait à son insu, si dans aucune de ces éventualités, le conseil de famille n'a pas été consulté.

393. L'article 122 ne dit pas expressément, que les parents

doivent être consultés, quand le tuteur refuse son consentement ou que par indifférence il tolère le mariage. Quoique non écrite dans la loi, l'obligation pour le tuteur ou le curateur de consulter les parents, sur le mariage auquel consentent ce tuteur et ce curateur, comme sur celui auquel ils refusent leur consentement, résultent cependant de l'ensemble des articles cités et de la nature des pouvoirs des tuteur et curateur. La raison qui exige la convocation du conseil de famille dans un cas, s'applique avec une force égale à l'autre ? La loi voulant que les parents d'un mineur qui a perdu ses père et mère, soient consultés sur la convenance de son mariage, le défaut de la part des tuteur et curateur de les consulter avant de refuser leur consentement, ne constitue-t-il pas un abus aussi grave, que le défaut de les consulter avant de consentir ? Dans l'un et l'autre cas, ils doivent avoir le droit d'attaquer le mariage. Ce droit qui appartient à tous les parents qui ont la faculté d'assister au conseil de famille, tant dans la ligne ascendante que dans la ligne descendante et en collatérale, leur appartient collectivement et à chacun d'eux, sans égard à la distance des degrés, indépendamment de l'action des tuteur et curateur. Le fait qu'ils n'ont pas été consultés quand ils auraient dû l'être, leur confère un droit absolu de contester le mariage.

394. Quand les parents ont été consultés, que leur avis ait été suivi ou qu'il ne l'ait pas été, ils n'ont pas le droit d'attaquer le mariage. L'article 122, comme nous l'avons déjà vu, oblige le tuteur à prendre leur avis, mais ne l'oblige pas à le suivre.

Ceci peut paraître étrange, mais n'est cependant pas irréconciliable avec le principe suivi dans le cas analogue du juge, qui, pour nommer un tuteur est tenu de prendre l'avis des parents, sans être lié par leur opinion. L'article 150 complète cette interprétation, en ne donnant aux parents le droit d'attaquer le mariage que quand ils n'ont pas été consultés ; sans ajouter le cas où leur avis n'a pas été suivi.

Comme les ascendantes en état de viduité ont le droit d'assister au conseil de famille, elles ont dans le cas de cet article,

celui d'attaquer le mariage. Ce droit appartient à la mère et aux autres ascendantes dans les deux lignes ; mais comme la mère tire son droit d'attaquer le mariage d'une autre source, il ne peut être ici question que des aïeules. Elles ont le droit d'agir collectivement ou séparément, c'est-à-dire qu'elles peuvent se joindre dans l'action, ou peuvent agir séparément. Cependant si plusieurs actions étaient prises, il est clair que dans ce cas, comme dans tous les autres où plusieurs personnes auraient pris séparément des actions en cassation de mariage, elles devraient être réunies pour ne former qu'une contestation.

Cet article s'applique de la manière suivante aux enfants illégitimes. D'après l'article 120, pour se marier, l'enfant naturel mineur de vingt-un ans doit y être autorisé par un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé à cet effet. Si après la nomination de ce tuteur, ce mineur se marie contre son consentement, ce tuteur *ad hoc* aura le droit d'attaquer le mariage à cause de son défaut de consentement, mais lui seul l'aura.

395. L'article 151, emprunté à l'article 183 du Code Napoléon, en a cependant dépassé la disposition et a apporté une étrange modification à l'article 148.

L'article 182 de ce Code donne à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement de ses père et mère, des ascendants et du conseil de famille, comme à ceux dont le consentement était requis, le droit d'attaquer le mariage. L'article 183 refuse à l'époux comme aux parents, le droit d'intenter l'action en nullité, toutes les fois que les parents ont ratifié expressément ou tacitement le mariage, ou qu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Il refuse également ce droit à l'époux, lorsqu'il a laissé écouler une année sans réclamer, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir lui-même à son mariage.

On conçoit que dans le cas de ces deux articles et surtout du dernier des deux, il ne s'agit que de l'action en nullité fondée sur l'empêchement tiré du défaut de consentement des parents. Notre article 151 répète la disposition de l'article 183

du Code Français en refusant l'action créée par notre article 150, aux parents dans le cas d'approbation expressément ou tacitement donnée par eux au mariage ou de leur silence pendant six mois, depuis qu'ils l'ont connu ; jusque-là tout est bien, mais l'article 151 va plus loin. On remarquera que l'article 150 du Code Canadien n'a pas, comme le fait l'article 182 du Code Français, donné à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement de ses parents, le droit d'attaquer son mariage de ce chef. L'article 151 qui ne lui confère pas davantage, est bien plus restrictif. Il refuse à l'époux mineur contraint ou trompé, le droit de demander la nullité de son mariage, pour empêchement d'erreur ou de violence, chaque fois que ceux dont le consentement était nécessaire, qu'ils aient ou non consenti au mariage, l'auront ratifié expressément ou tacitement, ou qu'ils auront laissé écouler six mois, sans réclamer contre le mariage, à compter de l'époque où ils en ont eu connaissance. C'est ce qui résulte littéralement de l'article 151, qui dit entr'autres choses, " dans le cas de l'article 148, l'action ne peut " plus être intentée par les époux... toutes les fois que le ma- " riage a été approuvé par ceux dont le consentement était " nécessaire..."

396. Voilà sans doute une étrange limitation apportée à l'action en nullité provenant de l'empêchement d'erreur et de violence, dont les mineurs auraient pu recevoir préjudice. Un mineur sera induit en erreur sur la personne même de son épouse. Il croira épouser Jeanne qui est une personne vertueuse, et il épousera Sophie qui est une prostituée et qu'on aura frauduleusement substituée à Jeanne ; ou bien Jeanne épousera un repris de justice qui a pris le nom d'un honnête homme, connu de réputation mais non de sa personne, que Jeanne croit épouser à la place du forçat, et ainsi de suite des cas d'erreur sur la personne ou de ceux où l'erreur se rapporte à une qualité retombant sur la personne *redundans in personam* ; ou bien encore, un mineur aura été honteusement violenté pour le faire consentir à un mariage indigne, et l'approbation expresse ou tacite de ses parents ou de son tuteur ou curateur, ou le silence de ces derniers pendant six mois feront

taire ses justes réclamations, et riveront pour toujours des liens infâmes !

En vérité il faut n'avoir pas songé aux conséquences d'une semblable disposition, pour l'avoir introduite dans un Code de lois.

Cette disposition n'appartient cependant pas aux Commissaires qui avaient calqué le présent article qui était l'article 32 du projet du titre du mariage, sur l'article 183 du Code Napoléon. Elle vient du Comité Législatif !

On dira sans doute, que ces cas extrêmes d'erreur ou de violence, n'arrivent jamais ou presque jamais, et que l'on ne peut pas raisonnablement les supposer dans des circonstances aussi extrêmes que nous l'avons fait. Admettons si l'on veut la rareté de ces occurrences, mais on n'en niera point la possibilité. Puisque le législateur a fait l'article, c'est qu'il en prévoyait l'application, et pourquoi même en théorie, sanctionner un mauvais principe ?

Quoiqu'il en soit de l'effet de la ratification dont parle l'article 151, cette ratification expresse devrait consister dans des écrits privés ou authentiques ; la preuve ne pourrait être admise d'une ratification verbale, par lequel les parents ou tuteur et curateur auraient expressément ratifié le mariage. La ratification implicite résulterait d'écrits ayant l'effet de faire présumer cette ratification et de tous les actes dont les ratifications en général s'infèrent et qui sont du domaine discrétionnaire des magistrats (Pothier, mariage, No. 446). Le défaut de réclamation dont parle l'article et dont la durée pendant six mois, exclut aussi bien l'action des père, mère, tuteur ou curateur des mineurs, fondée sur leur défaut de consentement au mariage, que celles des époux dont parle l'article 148, consisterait dans l'abstention qui aurait duré pendant six mois, de la part des parents, de porter l'action en nullité de mariage fondée sur leur défaut de consentement après leur connaissance du mariage.

———

ARTICLE 152.

Tout mariage contracté en contravention aux articles 124, 125 et 126, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt.

ARTICLE 153.

Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait pas atteint cet âge, ne peut plus être attaqué :

1o. Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent.

2o. Lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant l'expiration de six mois.

ARTICLE 154.

Le père, la mère, le tuteur ou curateur et les parents qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont pas recevables à en demander la nullité.

ARTICLE 155.

Dans le cas où d'après l'article 152, l'action en nullité compète à tous ceux qui y sont intéressés, l'intérêt doit être né et actuel, pour donner ouverture à ce droit d'action en faveur des aïeux, des parents collatéraux, des enfants nés d'un autre mariage et des tiers.

SOMMAIRE.

397. La disposition de l'article 152 qui donne aux époux l'action en nullité des mariages incestueux se recommande d'elle-même. Il y a plus de difficultés sur la dernière partie de l'article qui l'accorde à tous les intéressés. Plusieurs questions se soulèvent sur ce point.

398. Pour se faire une juste idée de ces diverses questions qui se portent sur la nature de l'intérêt suffisant pour justifier l'action, sur le temps où cette action doit être portée, et sur la convenance de poursuivre la nullité au principal ou incidemment, il faut rapprocher l'article 152 de l'article 155. Discussion de ces deux articles comparés.
399. Suite.
400. Suite.
401. Le rapport entre l'article 152 et 153 a besoin d'être expliqué. Comment se fait cette explication ?
402. Fin de non-recevoir contre la nullité résultant de l'impuberté tirée de la conception de la femme dans les six mois du mariage. Différence entre l'article 154 et celle de l'article 150, en ce qui touche aux parents autres que les père et mère, c'est-à-dire aux autres ascendant et aux collatéraux.
403. L'action en nullité à cause de l'impuberté appartient aux époux.
404. Distinction entre les personnes par qui cette action peut s'intenter.

COMMENTAIRE.

397. Les mariages contractés en contravention aux articles 124, 125 et 126, sont les mariages en ligne directe entre parents et alliés légitimes ou naturels (art. 124), entre collatéraux, au premier degré parents ou alliés légitimes ou illégitimes (art. 125) et entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art 126), nous l'avons déjà vu. Ce sont en d'autres termes les mariages incestueux. Le Code Napoléon (art. 174) accorde l'action en nullité de ces mariages, aux époux, à tous ceux qui y ont intérêt, et au ministère public. Notre article 152 le donne seulement aux époux et aux intéressés. La disposition de l'article qui accorde l'action à chacun des époux, n'a pas besoin de commentaire. Le mariage incestueux n'est qu'un concubinage, et personne ne peut être forcé à vivre dans le désordre. Dès que l'époux en montre la détermination, la loi doit s'empresser de l'aider à en sortir. Les traditions de l'ancien droit français sont conformes à la jurisprudence du nouveau sous ce rapport.

Il y a plus de difficulté relativement à la dernière partie de l'article qui accorde l'action *à ceux qui y ont intérêt.* Plusieurs questions se soulèvent sur ce point. Quel est l'intérêt contemplé par l'article pour justifier l'action ? Quand cette action peut-elle être portée ? Est-ce du vivant des époux ou

après leur mort ? Quel intérêt donne lieu à l'action du vivant des époux, et quel intérêt ne la fait naître qu'après la mort des époux ou de l'un d'eux ? La demande en nullité doit-elle se poursuivre au principal ou incidemment ?

398. Pour se faire une juste idée de ces diverses questions, il faut rapprocher l'article 152 de l'article 155.

Pour saisir la pensée véritable de ce dernier article qui contient le complément et l'explication de l'article 152, il faut en bien peser les termes. Il commence par dire, que tous les intéressés peuvent porter l'action en nullité du mariage frappé d'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance légitime ou naturelle entre les ascendants et descendants, entre ces parents et alliés en collatérale au premier degré, et de la parenté seule entre l'oncle et la nièce et la tante et le neveu. La loi traite ces divers mariages comme incestueux. Voilà un point qu'il ne faut pas oublier pour bien se pénétrer de l'horreur que ces mariages lui inspire, et de la sévérité avec laquelle elle les traite. Parmi ces intéressés se trouvent sans doute un premier époux auquel porte préjudice le mariage de l'autre époux avec une autre personne, en d'autres termes, la bigamie de son conjoint, et les père et mère de ceux qui contractent un mariage incestueux. L'intérêt de ces personnes est trop évident pour qu'il soit permis de les exclure de la classe des intéressés dont parle l'article 152. Dira-t-on, en ce qui touche à l'époux par un précédent mariage, qu'il s'agit de l'action en nullité contre le mariage incestueux, cas prévu par les articles 124, 125 et 126, et non contre la bigamie prévue par l'article 118. La réponse sera, que les époux trahis par un second mariage peuvent toujours l'attaquer, aussi bien dans le cas où ce second mariage est en sus de l'empêchement de bigamie, frappé d'un autre empêchement comme dans le cas contraire, et que quand la loi, dans tout cas quelconque, donne l'action en nullité aux intéressés, elle ne peut pas écarter ceux dont l'intérêt s'impose avec le plus d'autorité. Quant au droit des père et mère, on ne pourra pas lui nier sa place dans cet article.

399. L'article 155 définit ensuite l'intérêt que doivent avoir

les aïeux, les parents collatéraux, les enfants nés d'un autre mariage et les tiers, pour donner ouverture à l'action en nullité en leur faveur, et il dit que cet intérêt doit *être né et actuel.* La conséquence de cette mention de l'intérêt des aïeuls, des parents collatéraux, des enfants nés d'un autre mariage et des tiers, et du silence de l'article sur la nature de l'intérêt des époux et des père et mère, est donc qu'il n'est pas nécessaire que l'intérêt de ces derniers soit né et actuel. Un intérêt né et actuel est un intérêt maintenant ouvert et immédiatement réalisable. Un intérêt qui est né mais qui n'est pas actuel, est un intérêt casuel, et dont la réalisation est sujette à des contingents. On peut dire encore, qu'un intérêt né et actuel, est un intérêt pécuniairement réalisable, par opposition à celui qui ne l'est pas, et qui reste un intérêt moral et d'affection. De ce dernier genre est l'intérêt des époux et des pères et mère. Dès l'instant où ce mariage est contracté, ces personnes jouissent donc du droit d'en demander la nullité, et il est de la nature de leur intérêt et de ce droit qui en résulte, que la demande en nullité soit exercée du vivant des époux et par action principale.

Quant aux aïeuls, aux parents collatéraux, aux enfants d'un premier mariage, et aux tiers, ils ne peuvent attaquer le mariage, que quand il préjudicie à leurs droits ouverts. Ce sont des conflits d'intérêts sur les successions qui mettent ordinairement en jeu l'intérêt des aïeuls et des collatéraux, bien que cet intérêt ne soit pas limité à ces questions. Un homme meurt, laissant des enfants incestueux, qui disputent sa succession aux aïeux ou aux collatéraux du défunt et *vice versa.* Pour défendre leurs droits, les héritiers du sang contestent la validité du mariage, dont ils demandent la nullité. Ici l'action en nullité est exercée après la mort du défunt et incidem ment au litige engagé sur sa succession. La validité du mariage devient une question préjudicielle qui doit être jugée avant le fond. Cet exemple qui fait voir que l'intérêt des père et mère peut être aussi un intérêt matériel, actuel et ouvert, puisque, s'ils sont vivants lors de l'ouverture de la succession ils priveront les aïeuls et tous les collatéraux, à l'ex-

ception des frères et sœurs du défunt, avec lequel ils partageront sa succession, donne en outre la clef d'une foule d'autres hypothèses retraçables aux articles 152 et 155, et qui font voir, que l'intérêt né et actuel ne peut se faire valoir au moyen de la demande en nullité, qu'après la dissolution du mariage, puisqu'il est hors de question qu'une succession puisse se disputer du vivant de son auteur.

400. L'intérêt des enfants d'un autre mariage se produit ordinairement dans des circonstances analogues, sur la contestation des droits héréditaires, de douaires, droits de survie et gains matrimoniaux entre les enfants des deux mariages, ou entre les enfants d'un mariage ou le conjoint survivant de l'autre. Les contestations se soulèvent encore ici, sur la valeur des mariages attaqués préjudiciellement et après la dissolution de ces mariages.

Les tiers sont les étrangers, et parmi ceux-ci, on peut classer les parents non successibles qui, à des titres autres que les titres héréditaires, ou découlant autrement que de la parenté, ont un intérêt pécuniaire à contester le mariage incestueux. De ce nombre seraient encore les créanciers contre lesquels on ferait valoir des droits nés du mariage, comme les douaires, préciputs, gains de survie, droits de communauté, les tiers détenteurs de biens que l'on prétendrait hypothéqués à ces droits, les légataires et donataires des époux, les grevés de substitution dont l'ouverture serait subordonnée au mariage des substitués ou devrait se faire en faveur des enfants nés du mariage, en un mot toutes les personnes dont les intérêts pécuniaires, dans les hypothèses plus faciles à saisir qu'à énumérer, se trouvent affectés par le mariage. Dans ces diverses conjectures, le mariage peut être attaqué, tantôt avant, tantôt après sa dissolution, mais jamais par action principale et toujours incidemment à des contestations engagées sur ces intérêts. Les intérêts des père et mère et des époux par d'autres mariages peuvent aussi tomber dans ces différentes catégories, et leur intérêt comme tiers, c'est-à-dire leur intérêt pécuniaire, intérêt né et actuel, est indépendant de leur intérêt moral et d'affection.

401. Le *néanmoins* qui commence l'article 153, venant après l'article 152 qui ne touche qu'aux mariages frappés d'empêchements de parenté, n'offre guère d'à-propos, et a besoin de quelques remarques pour en expliquer l'incongruité. L'article 152 est emprunté à l'article 184, du Code Napoléon, lequel traite également de l'action en nullité, à cause des empêchements de parenté et d'alliance, et de l'empêchement provenant de la bigamie et de l'impuberté ou du défaut d'âge. Après cet article 184, vient dans le Code Français l'article 185 répété par notre article 153 qui en est une copie textuelle. Néanmoins, etc.

On voit dans le Code Français, la liaison naturelle de ce dernier article avec le précédent. Les codificateurs oubliant que dans leur article 152, ils n'avaient parlé que de l'empêchemeut de parenté et d'alliance, et avaient retranché la bigamie et le défaut d'âge, ont cependant adopté textuellement la phraséologie de l'article 185.

Cette disparate qui fait voir que, dans leur empressement à exécuter l'ordre que le législateur leur avait donné de modeler leur œuvre sur le Code Napoléon, les commissaires ne se sont pas toujours préoccupés du soin de coordonner leur imitation, ne laisse heureusement à regretter qu'une faute de rédaction, et ne nuit en rien au sens de l'article qui est par lui-même suffisamment explicite, et dont la pensée est complétée par l'article suivant.

402. L'article 153 a opposé comme fin de non-recevoir absolue à l'action en nullité résultant de l'impuberté, le laps de six mois écoulé depuis la puberté des époux impubères, ou de l'impubère, et la conception de la femme dans les six mois du mariage, que cette conception arrive avant l'âge de douze ans (fécondité bien précoce, et éventualité fort rare) ou après. Dans ces deux cas, l'action ne peut plus être intentée par personne. L'article 154, crée dans le consentement des père et mère, tuteur, curateur et des autres parents au mariage de l'impubère, une fin de recevoir relative à eux seuls.

On doit remarquer une différence dans la rédaction du présent article 154, et celle de l'article 150, en ce qui touche

aux autres que les père et mère, c'est-à-dire aux aïeuls et aux collatéraux. L'article 150 ne donne à ces parents, l'action contre le mariage de leur parent mineur, (celle créée par cet article 150 et fondée sur le défaut de consentement paternel et tutélaire) que quand le conseil de famille n'a pas été consulté, sans la leur donner également dans le cas où leur avis ayant été requis, ils ont refusé leur consentement, pendant que l'article 154 ne leur enlève l'action que quand ils ont consenti au mariage. Dans un cas, le seul défaut de consultation donne l'action aux parents, dans l'autre leur seul consentement la leur enlève. Ainsi à défaut des père et mère des mineurs impubères, les autres parents pourront toujours se pourvoir contre leur mariage, quand ils n'y auront pas consenti, soit que le tuteur ou curateur aient consenti au mariage sans les consulter, ou après les avoir consultés, ou que ce même mariage ait été contracté sans le consentement de ce tuteur ou de ce curateur. Ce n'est qu'à défaut des tuteur ou curateur, c'est-à-dire au cas de leur mort ou de leur refus de porter l'action contemplée par l'article 154, que les parents peuvent le faire.

403. A qui appartient l'action pour cause d'impuberté ? Il est clair qu'elle appartient aux époux, qu'ils soient tous deux impubères, ou que l'un d'eux seul le soit. L'impubère lui-même peut se plaindre de ce vice qu'il peut couvrir par un nouveau consentement donné après la puberté, mais qu'il n'est pas tenu d'accorder. L'article 154 la donne aussi aux parents, et c'est ici à leur intérêt d'affection que la loi attribue ce droit. Aussi cette action est-elle principale. Comme dans les cas d'inceste prévus par l'article 132, appartient-elle à tous ceux qui y ont intérêt ? Non, le Code n'a pas ici répété cette disposition de l'article 152 ; bien plus il l'a omise dans cet article 152, emprunté à l'article 184 du Code Français qui la contient.

Ce doit être intentionnellement qu'il a fait cette omission qui ne manque pas de sagesse. L'inceste est un acte odieux. Il n'en est pas ainsi du mariage contracté en état d'impuberté, laquelle ne forme qu'un obstacle temporaire à la consomma-

tion, et que l'âge fait disparaître. De cette différence dans la nature des deux empêchements, est née sans doute la distinction entre les personnes auxquelles la loi accorde l'action. Il y avait d'ailleurs une autre raison pour ne pas attacher l'action à l'intérêt pécuniaire des tiers. L'action de ces tiers ne s'exerce ordinairement, comme nous l'avons vu, qu'après la dissolution du mariage et par voie incidente. Comment pourraient-ils être admis à critiquer un mariage frappé d'abord du vice d'impuberté, mais qui aurait été ratifié par la suite. Si d'un autre côté, les époux n'ont pas persévéré dans leur mariage, ce mariage n'a pas pu causer aucun préjudice aux tiers.

405. Ce n'est pas en qualité de tiers et d'intéressés pécuniairement que les parents, (dans ce terme nous comprenons ici les père et mère), peuvent exercer l'action en ce cas, nous l'avons déjà dit. Mais un point auquel nous n'avons point touché est de savoir, si cette action appartient seulement aux parents et aux tuteurs et curateurs de l'impubère, quand un seul des conjoints n'avait pas atteint l'âge requis, ou si les parents du conjoint pubère peuvent demander la nullité du mariage.

Le mariage est un acte indivisible, et il n'est pas de ce contrat comme de certains autres dans lesquels une partie peut s'obliger sans obliger l'autre. La valeur du contrat de mariage, pour l'un des conjoints, est en raisont exacte de sa valeur pour l'autre. Si le mariage n'a pas eu d'effet pour les deux conjoints, il n'en a eu pour aucun ; *matrimonium non claudicat.* L'objet de l'action d'ailleurs n'est pas réellement de faire annuler ou casser le mariage. C'est improprement, et pour répondre aux besoins de la pratique que l'on se sert des mots cassation, annulation, et à cause de la disette du langage judiciaire. Cet objet, nous l'avons dit, est de faire déclarer que le mariage a été nul dès le principe, c'est-à-dire, qu'il n'y a pas eu de mariage. Le but de la loi en armant l'autorité des parents sur leurs enfants mineurs, de l'action en nullité, est d'affranchir ces enfants des liens de mariages abusifs, pour leur en assurer de véritables. A ce point de vue, quelle limitation peut recevoir l'action des parents, du fait

que le vice vient de l'autre conjoint ? On pourrait même dire, que dans ce cas, l'action des parents emprunte son existence à la fraude ou la déception pratiquée par l'autre famille.

ARTICLE 156.

Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et qui n'a pas été célébré devant le fonctionnaire compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, et par tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, sauf au tribunal à juger suivant les conséquences.

ARTICLE 157.

Si les publications requises n'ont pas été faites ou suppléées au moyen de dispense ou licence, ou bien si les intervalles prescrits ou d'usage pour les publications et la célébration n'ont pas été observées, le fonctionnaire qui célèbre un mariage sous de telles circonstances est passible d'une amende qui n'excède pas cinq cents piastres.

SOMMAIRE.

405. L'article 156 ne considère pas le défaut de publication des bans comme invalidant le mariage. Il ne faut cependant pas accorder une portée absolue à cette interprétation de l'article.

406. Parmi les conditions exigées pour rendre le mariage public il faut faire une distinction. Il est des formalités dont l'omission emporte nullité et d'autres qui ne produisent pas cet effet.

407. Tous les mariages, à part ceux des Juifs et des Quakers, doivent, à peine de nullité, être célébrés devant un ministre du culte. Quelles sont les personnes qui peuvent attaquer le mariage pour défaut de publicité ?

408. En haine des mariages clandestins l'article 157 a prononcé une pénalité contre les ministres du culte qui sans dispense ou licence et sans publication de bans célèbrent un mariage. Caractère et objet de cette disposition.

409. Réponse ordinairement faite à l'objection fondée sur le reproche que cette disposition constitue un empiètement du pouvoir civil sur le pouvoir ecclésiastique. Comment se fait le recouvrement de la pénalité imposée par cet article 157 ?

COMMENTAIRE.

405. L'article 156 ne paraît pas à première vue, considérer le défaut de publicité du mariage, comme frappant de nullité rigoureuse, le mariage privé des formalités qui la constituent. Les termes facultatifs dans lesquels il donne l'action aux époux et à tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, et la discrétion qu'il laisse aux tribunaux de juger suivant les circonstances, donneraient même à entendre que ces derniers sont libres de ne pas prononcer la nullité de ces mariages. L'article 191 du Code Napoléon, sur lequel le notre est calqué, a ainsi été interprété en France.

Cependant, il faut bien se garder d'accueillir avec trop de faveur cette interprétation ; car il est certainement des cas, où le défaut de publicité du mariage en emporte la nullité absolue. Témoin le défaut de présence du propre curé des parties, qui frappe le mariage d'invalidité complète. (V. Pothier, Contrat de mariage, Nos 361 et 362). S'il est des cas où en France, sur les appels comme d'abus, le Parlement de Paris a refusé de prononcer cette nullité, ce ne fut cependant pas en méconnaissant la nullité, mais en écartant par des fins de non-recevoir la partie appelante. C'est ce qu'exprime D'Aguesseau, vol. 5, dans un mémoire qui se trouve après le 37e plaidoyer, p. 161 : " S'il y a quelquefois des " circonstances assez fortes, suivant les règles de la police " extérieure, pour fermer la bouche à la mauvaise foi, et à " l'inconstance de ceux qui réclament sur ce fond (le défaut " de présence et de consentement du propre curé) contre un " consentement libre et une longue possession, il faut au " moins, en ce cas, qu'il paraisse que la justice ne se déter- " mine que par les fins de non-recevoir ; et qu'en déclarant " les parties non-recevables, elle ajoute toujours, que c'est " sans préjudice à elles de se retirer par devers l'évêque pour " réhabiliter leur mariage, si faire se doit."

406. Nous avons dit plus haut, que la publicité du mariage consiste dans l'accomplissement de toutes les formalités voulues par la loi pour en répandre la connaissance, et éviter la

clandestinité. Ces formalités consistent dans la publication des bans, dans la célébration devant le fonctionnaire compétent (art. 128) qui, pour les catholiques, est le curé des conjoints, et dans l'inscription du mariage au registre de l'Etat civil. Un mariage qui n'est pas revêtu de toutes ces formalités, n'a pas sans doute reçu toute la publicité voulue, mais on ne peut pas dire non plus qu'il manque de publicité. Il faut donc distinguer entre les formalités, dont l'absence emporte la peine de nullité, et celles qui ne sont pas essentielles à sa validité. La publication des bans, ainsi que la rédaction, signature et insertion de l'acte de célébration aux registres de l'Etat civil, ne sont pas des formalités essentielles. Nous avons dit que pour les catholiques, la célébration devant le curé, l'est. Que dire pour les autres dénominations religieuses du défaut de célébration devant le fonctionnaire compétent, c'est-à-dire devant le ministre de leur croyance ?

407. D'abord il me paraît certain, qu'à part ceux des Juifs et des Quakers, tous les mariages célébrés dans le Bas-Canada doivent, à peine de nullité, l'être devant un ministre du culte. C'est le seul fonctionnaire que l'article 128 reconnaisse comme compétent. C'est ce qui a été déjà dit plusieurs fois. Nous nous sommes aussi exprimé sur la compétence des ministres protestants, à célébrer le mariage des personnes appartenant à d'autres églises protestantes qu'aux leurs. Il n'y a certainement rien dans le Code qui emporte la nullité d'un semblable mariage, dont la validité dépend de la doctrine de chaque église. Si cette doctrine ne reconnait pas comme valide un semblable mariage, les tribunaux doivent l'invalider. Quant à la célébration devant le ministre protestant du lieu du domicile même des parties, rien ne l'exige à peine de nullité.

Les personnes qui peuvent attaquer le mariage pour défaut de publicité, sont les époux eux-mêmes, et tous ceux qui y ont un *intérêt né et actuel.* Ce sont donc en outre des époux, les père et mère, dont l'intérêt à attaquer le mariage abusif de leurs enfants est toujours né et actuel et les personnes mentionnées en l'article 155, c'est-à-dire les aïeux, les parents collatéraux, les enfants nés d'un précédent mariage et les tiers.

Cet intérêt doit être celui indiqué dans le commentaire sur cet article,et la nullité doit être demandée ainsi qu'exprimé à cet endroit auquel nous renvoyons. Le juge est l'apprécia teur de cet intérêt, et de la convenance de prononcer la nullité ou de rejeter la demande. C'est cette latitude laissée au juge sur la nature de l'intérêt de ces réclamations, aussi bien que sur le défaut de publicité que l'article 156 exprime par ces mots : *sauf au tribunal à juger suivant les circonstances.*

408. En haine des mariages clandestins, qui n'arriveraient pas, si les parties ne trouvaient pas des fonctionnaires complaisants pour les célébrer, le Code a prononcé une pénalité de cinq cents piastres au maximum, contre ceux qui célèbrent un mariage, sans dispense ou sans licence, ou sans avoir fait les publications de bans requises, dans les intervalles prescrits, ou sans s'assurer qu'ellès ont été faites par d'autres. Une semblable sanction était dans certains cas nécessaire. Dans beaucoup de congrégations, les publications de bans étaient négligées, et l'on connait l'usage subreptice fait des licences et la facilité avec laquelle elles s'obtiennent. Ce n'est pas que cet article doive mettre fin à l'abus des licences de mariages. C'est en plus haut lieu qu'il faudrait s'adresser pour les réprimer. Espérons toutefois que la menace que renferme cette pénalité quelque faible qu'elle soit, aura l'effet de mettre un frein à la facilité avec laquelle ces licences sont accordées. Certaines hautes régions, et singulièrement ce sont celles qui sont le moins menacées par la disposition de cet article, si elles le sont du tout, s'en sont émues, et ont cru voir dans la pénalité que l'article prononce, un empiétement du pouvoir civil sur l'autorité ecclésiastique.

409. On répond à cette objection dont nous discuterons la valeur en son lieu (1) : il est difficile de concevoir, que quand le bras séculier sanctionne par une peine civile, l'exécution d'une loi ecclésiastique, il puisse commettre une anticipation sur le domaine de l'Eglige. C'est du droit canonique que nous vient la nécessité des publications ordonnées par le troisième concile de Latran. Comment le Code en sauvegar-

(1) Au tome suivant.

dant l'exécution des canons de ce concile, par des peines prononcées contre ses infracteurs, pourrait-il porter atteinte à son autorité ? Si la formalité des publications était portée par une loi civile, obligeant sous des pénalités, les ecclésiastiques à les faire, on comprendrait les craintes, mais elles paraissent ici sans fondement. L'on objecte que c'est au pouvoir épiscopal à punir les infractions à la discipline ecclésiastique, comme serait celle du prêtre qui procèderait à un mariage clandestin. Cela est fort vrai et l'objection serait juste, si l'article avait pour effet de soustraire le trangresseur à la juridiction de son évêque ; mais il n'en est pas ainsi, et l'imposition de la pénalité laisse dans sa plénitude, la compétence du juge d'Eglise. Loin d'empiéter sur les prérogatives du pouvoir ecclésiastique, en mettant à son service l'autorité du bras séculier pour faire respecter ses lois, le pouvoir civil lui accorde un secours dont on méconnaîtrait la portée en le traitant comme une usurpation.

On ajoute que cette discussion est inutile et que ce n'est pas contre ceux qui redoutent en principe la pénalité, qu'elle est dirigée en pratique. Au surplus, dans un pays de nationalités et de croyances mixtes, il faut savoir tenir compte au législateur, du danger que courrait son autorité, s'il introduisait dans ses lois, des distinctions qu'il peut être dans sa pensée de sous-entendre, mais qu'il n'est pas en son pouvoir d'exprimer.

Le recouvrement des pénalités édictées par cet article, doit se faire aux termes de l'article 17, par action ordinaire portée au nom de Sa Majesté devant les tribunaux civils, à l'exception de la cour des commissaires qui est sans compétence sur ce sujet. Il en est de même de celles portées par l'article suivant.

ARTICLE 158.

La pénalité imposée par l'article précédent, est également encourue par le fonctionnaire qui, dans l'exécution du devoir qui lui est imposé ou dont il est chargé, touchant la célébration d'un mariage, contrevient aux règles qui sont prescrites à cet égard par les divers articles du présent titre.

ARTICLE 159.

Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 51.

SOMMAIRE.

410. La pénalité imposée par l'article 158 dont nous remettons la considération sous le rapport du prétendu conflit qu'il crée entre le droit civil et le droit ecclésiastique, prouve que le Code n'a pas entendu attacher la peine de nullité au défaut du consentement paternel ou tutélaire des enfants mineurs.

411. La loi n'a pas voulu abandonner la preuve de la célébration du mariage aux incertitudes de la preuve orale. Elle a exigé la représentation de l'acte de célébration. Cette règle est pourtant sujette à des exceptions.

412. Une de ces exceptions a lieu au cas de non existence des registres, de leur perte et d'autres cas équivalents.

413. L'incription de l'acte de mariage sur une feuille volante ne serait pas authentique par elle-même.

COMMENTAIRE.

410. Un des cas de pénalité prévus par l'article 158, est celui du mariage du mineur qui serait célébré sans le consentement de ses père et mère, ou de son tuteur ou curateur. Dans le cas du tuteur et curateur leur consentement n'a de valeur, qu'après avoir pris l'avis du conseil de famille ; mais il n'est pas nécessaire que cet avis soit favorable au mariage, l'article 122, n'exigeant pas le consentement des parents du mineur. Il suffit qu'ils aient été consultés. Comme nous l'avons déjà vu, l'imposition de cette pénalité fait voir que le Code n'a pas entendu frapper de nullité, ces mariages ainsi contractés, sans le consentement paternel ou tutélaire autrement que pour les effets civils.

En même temps que nous traiterons du conflit que l'on a cru trouver, au sujet des pénalités imposées par l'article 157 entre le droit civil et le droit ecclésiastique, nous traiterons de celui-ci.

411. La loi qui a entouré le mariage de toutes les garanties

propres à en assurer la permanence, n'a pas voulu abandonner la preuve de sa célébration aux incertitudes du témoignage oral ou même des écrits secondaires, elle en a ordonné une preuve authentique, par l'inscription de l'acte de célébration aux registres de l'état civil. Pour atteindre le but qu'elle s'est proposé, elle reconnaît à cet acte seul, la vertu d'établir le titre d'époux et d'attribuer au mariage ses effets civils. Chacun sait où il s'est marié, et il ne tient qu'à lui de fournir la preuve régulière de son mariage, par la production de l'acte de célébration.

Cet article ne s'applique pourtant pas à tous les cas où il peut être question incidemment de la qualité d'époux. Il a lieu quand la qualité d'époux est le titre de la demande et que les effets civils réclamés découlent du mariage. L'action pour droits matrimoniaux et gains de survie, l'action civile en adhésion et beaucoup d'autres de la même nature sont de ce nombre. Il ne faut pas cependant croire que, même sur ces demandes, la production de l'acte de mariage soit une forme indispensable, sans laquelle le juge ne pourrait pas reconnaître le droit d'action, si d'ailleurs le fait était constant ou admis. Le sens de l'article est, que quand le fait du mariage est en question, la production de l'acte de célébration constitue en thèse générale, le seul moyen légal de l'établir.

412. L'article qui n'exige pas l'impossible, fait avec raison une exception du cas de non-existence des registres, et de celui où ces registres auraient été perdus. Nous avons traité sur l'article 51, au tome précédent, des cas où la preuve secondaire peut suppléer à la preuve des registres et de la manière d'y suppléer. Tout ce que nous avons dit là s'applique à l'exception contenue en cet article. Nous y référons.

Devrait-on traiter comme un cas de non-existence des registres, celui où l'acte de célébration aurait été inscrit sur une feuille volante, ou dans un registre non authentique, c'est-à-dire non tenu en double, non numéroté et non paraphé par le juge ou le protonotaire, aux termes des articles 44 et 45 ; et permettre la preuve supplémentaire, par témoins et par écrits secondaires ?

413. D'abord, il est certain que cet acte ne ferait pas foi authentique par lui-même. Il faudrait le corroborer de toutes les manières indiquées au Commentaire sur l'article 41, et disons à ce sujet, qu'à première vue on serait porté à croire, que la preuve de la possession d'état serait une corroboration suffisante, sans le décider catégoriquement ; car en matière de preuve secondaire tout dépend des circonstances et des appréciations des tribunaux. L'acte ne produisant pas d'effet authentique, parce que le registre dans lequel il a été inscrit, n'a pas été tenu avec les conditions imposées par la loi à son authenticité, ou bien parce qu'il n'a pas été inscrit dans un registre authentique, on ne peut pas dire que par rapport à ce mariage, il a été tenu des registres, lesquels n'ont d'existence légale qu'à certaines conditions déterminées. Ce cas-là tombe donc dans la catégorie des cas de non tenue des registres, et la preuve que cet acte fait du mariage, demande confirmation.

ARTICLE 160.

La possession d'état ne peut dispenser les prétendus époux qui l'invoquent de représenter l'acte de célébration du mariage.

ARTICLE 161.

Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage est représenté, les époux sont non-recevables à demander la nullité de cet acte.

ARTICLE 162.

Si néanmoins dans le cas des articles 159 et 160 il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de celébration, toutes les fois que cette légitimité est appuyée sur une possession d'état qui n'est pas contredite par l'acte de naissance.

SOMMAIRE.

414. Si pour réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, il faut représenter un acte de célébration, il s'en suit que la possession d'état est insuffisante. Effet de la possession d'état d'après l'article 161.

415. La possession d'état fera présumer la légitimité des enfants nés d'individus décédés, qui ont publiquement vécu comme époux sans rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs parents. Développement.

COMMENTAIRE.

414. L'article 160, n'est qu'un corollaire de l'article 159. En effet, si pour réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, il faut représenter un acte de célébration, il s'en suit que la possession d'état est insuffisante. Cet article a cependant une autre portée, en ce qu'il signifie, qu'en thèse générale, la possession d'état ne peut équivaloir à l'acte de célébration. Ce qui repousserait l'idée absolue, qu'en cas de non tenue ou de perte des registres, la possession d'état serait seule suffisante pour prouver le mariage. Je dis absolue, car il peut arriver des cas où elle peut l'être.

Cependant cette possession d'état, d'après l'article 161, a un effet particulier ; c'est celui d'empêcher les époux de demander la nullité de leur acte de mariage, quand cette possession est conforme à l'acte. Ainsi quelqu'informe que cet acte serait, soit qu'il eût été inscrit sur une feuille volante, ou dans un registre non authentique, soit qu'il n'énonçât ni le jour de la célébration du mariage, ni les noms et prénoms, profession et domicile des époux, ni des père et mère, ni de l'époux prédécédé, ni l'âge des parties, ni la publication ou le défaut de publication, ni le consentement des père, mère, tuteurs, ou l'avis du conseil de famille, dans les cas où ils sont requis, ni les noms des témoins, ni le fait de leur parenté ou de leur alliance, ni enfin s'il y a eu opposition ou que main-levée en a été accordée, toutes formalités requises par l'article 65, la preuve de la possession d'état empêcherait les époux d'en contester la valeur. La loi suppose avec raison, que la possession

d'état, qui consiste dans le *nomen*, *tractatus et fama*, *nomen* quand la femme a pris le nom de son mari, *tractatus*, quand les époux se sont traités maritalement, et *fama* quand ils ont eu la renommée d'époux, a couvert tous ces vices.

Ce n'est pas que la possession d'état purge les vices intrinsèques du mariage, et repousse l'action en nullité, fondée au contraire sur l'admission que le mariage a été célébré de fait. Elle a simplement pour effet de mettre les époux dans la même condition que s'il y avait eu un acte de mariage régulier et authentique. Cet article n'a rapport qu'aux époux entr'eux et aux droits qu'ils peuvent réclamer comme leur provenant du mariage. L'article suivant applique aux enfants l'effet de la possession d'état de leur père et mère.

415. Jusqu'ici, il s'est agi des effets produits entre époux par le défaut de représentation de l'acte de célébration. Il est maintenant question des enfants qui méritent une faveur spéciale et que la loi leur a accordée. Les parents savent toujours où trouver leur acte de mariage, et s'il n'en n'a pas été fait ou s'il a été informe, la faute doit leur en être imputée. Il n'en est pas ainsi des enfants qui, ni dans leur état, ni dans leurs biens ne doivent souffrir, de cette négligence. Ainsi des enfants nés de deux individus décédés, qui ont vécu publiquement comme mari et femme, seront réputés légitimes, sans rapporter l'acte de mariage de leur père et mère, s'ils peuvent invoquer la double possession d'état de leur père et mère comme mari et femme et la leur, comme enfants légitimes, et si leur propre acte de naissance ne contredit pas cette légitimité due à une présomption, que repousserait un acte de naissance, qui ferait preuve de leur illégitimité ou de leur procréation d'un autre mariage ou par d'autres personnes.

Cette éventualité de l'acte de naissance, est-il le seul fait qui, sous l'article 162, puisse repousser la présomption de légitimité ? L'article dit que cette légitimité ne pourra être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de naissance. Mais s'il y a d'autres prétextes pour le contester, ils seront certainement recevables. Par exemple, s'il était démontré que les père et mère des enfants qui ont vécu comme

marì et femme n'en avaient que le titre, qu'ils n'avaient jamais été mariés et même qu'ils n'avaient pu l'être valablement. Supposons un premier mariage encore subsistant lors de la naissance des enfants entre le père ou la mère et une autre personne. Il est évident que cette présomption de légitimité s'évanouira devant la preuve contraire, et que l'article restera application.

ARTICLE 163.

Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il est contracté de bonne foi.

ARTICLE 164.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants nés du mariage.

SOMMAIRE.

411. Le mariage putatif est entaché de nullité, mais la bonne foi lui communique, en certains cas, les effets d'un mariage véritable.
417. L'article 163 accorde les effets civils du mariage putatif, tant à l'égard des époux quand ils sont tous deux de bonne foi, qu'à l'égard des enfants.
418. Dans le cas ou les époux ne peuvent pas invoquer leur bonne foi le mariage putatif ne fait accorder les effets civils du mariage véritable qu'à celui des époux qui est de bonne foi.

COMMENTAIRE.

416. Ces deux articles nous mettent en présence des mariages putatifs. Le mariage putatif est celui contracté solennellement, entre deux personnes qui ignoraient toutes deux, ou dont l'une d'elles ignorait qu'il existait entre elles des empêchements. *Matrimonium putativum, est quod bona fide et solemniter, saltem opinione conjugis unius, justa contractum inter personas jungi non vetitas consistit.*

Le mariage putatif est entaché de nullité, mais l'erreur des

époux ou de l'un deux sur son illégitimité, lui fait attribuer dans de certaines limites, la valeur d'un mariage véritable.

L'article 163 dit que le mariage *déclaré nul* produit à cause de sa bonne foi les effets civils. Cet article à l'air d'exiger pour produire ces effets que le mariage putatif soit annulé. Mais il nous représente le mariage putatif dans sa condition la plus défavorable, celle qui est produite par un jugement de nullité, pour faire éclater d'une manière plus saillante l'effet de la bonne foi sur le mariage entaché d'empêchements.

La condition exigée par l'article, est la bonne foi. Il faut que l'erreur des parties ou de l'une d'elles soit une erreur excusable ; car une erreur trop grossière pour être tolérée, repousserait la supposition de bonne foi, en faisant présumer la connaissance de l'empêchement. *Sed facti ignorantia itâ demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. Quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat. Loi* 9, § 2, *de juris et facti ignorantiâ.* Il importe peu que cette erreur soit une erreur de droit ou de fait. Quelques auteurs ont soutenu que l'erreur de droit exclu t la bonne foi, car nul n'est censé ignorer la loi. Mais cette distinction a plus de subtilité que de raison; elle est d'ailleurs contraire à l'article 163 qui n'exige que la bonne foi, et l'on ne soutiendra pas que l'ignorance du droit soit exclusive de la bonne foi. D'autres exigent la séparation des époux aussitôt que l'erreur est découverte, sous peine de perdre le bénéfice de cet article. Mais en formulant cette exigence, ils se montrent plus rigoureux que la loi, qui n'en parle pas. L'on ne doit pas d'ailleurs oublier que la présomption de légitimité est ici créée en faveur des enfants aussi bien que des parents, et que leur faire perdre après coup, le bénéfice de la bonne foi initiale de leurs parents, serait les punir d'une faute qu'il n'ont point commise et leur enlever rétroactivement le bénéfice d'un droit ouvert en leur faveur.

417. L'article accorde les effets civils aux mariage putatif, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. A l'égard des époux, s'ils sont tous deux de bonne foi, le mariage annulé produit les mêmes effets civils que s'il avait été valable-

ment contracté, mais le jugement en nullité, est considéré comme une dissolution du mariage. Ainsi du jour de l'annulation, les époux sont obligés de se séparer, et la liquidation de leurs droits se fait en conséquence. La communauté est dissoute, et le partage s'en fait, comme si un jugement prononçait la séparation.

A l'égard des enfants, leur position est la même sous tous les rapports, que si le mariage eût été valable. Ils héritent de leur père et mère et si après la déclaration de nullité, l'un ou l'autre des époux ou les deux époux se remariaient, et s'il naissait des enfants de ces nouveaux mariages, les premiers enfants viendraient avec les derniers à la succession, comme si le mariage dont ils sont nés n'eut été entaché d'aucun vice et eut été dissous par la mort d'un des époux, suivie d'un mariage subséquent de l'autre.

Si un seul des époux est de bonne foi, le mariage ne produit d'effets civils qu'en sa faveur. La déchéance des droits matrimoniaux de l'autre n'est qu'une juste punition de sa fraude.

Quant aux enfants, ils sont considérés comme légitimes, de la même manière que si les deux époux eussent été de bonne foi. La légitimité est indivisible et ne peut se scinder. Un enfant ne peut être légitime du côté de son père et illégitime par sa mère.

Jusqu'ici nous avons parlé du mariage putatif dissous par un jugement d'annulation, c'est-à-dire d'un mariage qui a été attaqué du vivant des époux.

Ce mariage peut-il être attaqué après la mort des deux ou après la mort de l'un des deux ? Il y a à attaquer ce mariage, après sa dissolution, de graves inconvénients sans doute. Il sera par exemple, plus difficile aux enfants de faire valoir la bonne foi de leur père et mère, qu'il ne l'aurait été à ces derniers eux-mêmes. Mais cet inconvénient qui est propre à tous les cas où un mariage dissous par la mort est attaqué, cède devant cette considération générale dont l'effet est absolu, que, si l'on s'y arrête, on ne permettra jamais la contestation

d'un mariage après la mort des époux ; ce qui serait produire une somme d'abus plus graves encore. Il fallait choisir entre deux maux, et l'on a dû adopter le moindre.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Après avoir énoncé les conditions de validité du mariage, la manière dont on doit s'opposer à sa célébration, quand il manque quelques-unes de ces conditions, et le mode dont on peut faire valoir la nullité du mariage affecté de vices radicaux, le Code considère maintenant le contrat comme parfait, et déduit les devoirs qui en naissent, tant entre les époux et les enfants, qu'entre les époux entre eux. Par le chapitre cinquième, il énonce la première partie de ces devoirs ; le sixième contient la seconde, et enfin le chapitre septième traite, dans un seul article de la dissolution du mariage.

Pour mettre à exécution le plan annoncé de traiter en deux parties distinctes, la première au point de vue du droit civil et suivant le Code, et la seconde suivant le droit ecclésiastique, la matière des nullités de mariage, nous devrions la compléter immédiatement, mais il nous faudrait pour cela suspendre de nouveau l'ordre textuel du Code. Nous avons cru qu'il serait plus utile de continuer, sans autre interruption, le commentaire des trois chapitres qui nous restent à parcourir pour terminer le présent Titre, nous réservant de faire ensuite de la partie qui nous restera à traiter, l'objet d'un chapitre particulier.

ARTICLE 165.

Les époux contractent par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

SOMMAIRE.

419. Ce que l'article entend par l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants.
420. La loi n'a pas assigné de durée fixe à cette obligation qui dure pendant toute la vie des parents et celle des enfants. Fausseté de l'opinion commune qui attribue à l'âge de majorité de l'enfant l'effet de faire cesser l'obligation des parents.
421. Le lien de cette obligation est suspendu quand l'enfant est en état de gagner sa vie, mais il reprend sa vigueur quand l'enfant en redevient incapable. Développement.
422. Une considération d'ordre public est au fond de cette obligation dictée par le droit naturel et reconnue par le droit civil. Cette obligation des parents envers leurs enfants s'etend à leurs petits enfants.
423. Développement de ce principe dont l'application dépend des circonstances et est discrétionnaire aux tribunaux.
424. Mesure dans laquelle l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants et petits enfants lie les parents. Quand cette obligation cesse-t-elle ?
425. Comment s'exerce l'action qui a lieu contre les parents pour les contraindre à exécuter leur obligation. Latitude laissée aux juges dans les condamnations qu'ils portent sur cette action.
426. Distinction entre la nourriture ei l'entretien que doivent fournir les parents aux enfants et leur éducation. Discussion de cet aperçu du sujet. Si cette distinction ne se trouve pas dans le texte de la loi, peut-on dire qu'on doive la chercher dans l'intention du législateur ?
427. Suite de la discussion.

COMMENTAIRE.

419. La loi, qui, nous l'avons vu, se préoccupe des intérêts matériels de l'enfant dans le sein de sa mère, ne devait pas l'abandonner à sa naissance, et c'est naturellement aux auteurs de ses jours qu'elle adresse le triple commandement, de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever.

Par nourriture, on entend le manger et le boire, et tout ce qui est nécessaire pour l'alimentation du corps. L'entretien consiste dans le vêtement, le logement, et tout ce qui est nécessaire pour satisfaire aux besoins matériels et journaliers de la vie. En termes de droit, l'expression d'aliments comprend tout ce qui est nécessaire à la vie, savoir : la nourriture, le logement, le vêtement. *Legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quià sine his ali corpus non potest ; cœtera quæ*

ad disciplinam pertinent legato non continantur. Leg. 6, § *de alim. vel cib. leg.* " Les aliments comprennent la nourriture, " les vêtements, le logement, les remèdes en cas de maladie ; " en un mot tout ce qui est nécessaire au soutien de la vie." (Boilleux, art. 203 C. N.) L'éducation est le complément des soins et prestations que les parents doivent fournir à leurs enfants, pour faire atteindre à leur corps et à leur esprit, le degré de développement et d'aptitude dans les choses matérielles et intellectuelles, suffisant pour leur permettre de gagner convenablement leur vie, c'est-à-dire de les faire instruire et de leur procurer un état. " Une obligation spéciale est " imposée aux pères," dit Boilleux, (tome I, page 501, sur le même article 203 C. N.,) " ils doivent élever leurs enfants ; " c'est-à-dire former leurs mœurs, leur donner une instruction " en rapport avec la fortune qu'ils peuvent avoir un jour et avec " la position sociale qu'ils sont destinés à occuper."

Il ne s'agit pas ici des devoirs d'une nature toute immatérielle des parents envers leurs enfants, que la morale et la religion enseignent, et dont la voix de la conscience punit seule l'infraction, mais bien des obligations matérielles prescrites par la loi, et dont elle enforce l'accomplissement, en d'autres termes, pour lesquelles elle donne une action en justice. Ce n'est que de ces obligations là que le Code s'occupe.

Les parents sont donc obligés par la loi, de nourrir, entretenir et faire instruire leurs enfants, suivant leurs moyens, et de leur faire apprendre un métier, art ou profession conditionnés aux aptitudes des enfants, et à leur propre condition sociale. Voilà une règle générale dont l'exactitude n'est pas douteuse et qui trouvera son application dans tous les cas possibles. (1)

(1) Nouveau Denizart, Vo. aliments.

" La nature oblige les père et mère de pourvoir à la nourriture de leurs en- " fants jusqu'à ce qu'ils soient en état de le faire eux-mêmes. Les lois traitent " de meurtriers les pères qui refusent de s'acquitter de ce devoir : *necare vi-* " *detur, non tantum is qui partum perforat, sed et is qui abjicit et qui ali-* " *monia denegat. Leg.* 4, § *de agnosc. et alend. liber.* Elles ordonnent qu'ils y " seront contraints par le juge en connaissance de cause et suivant leur fa- " culté, *pro modo facultatum.*"

420. La loi n'a point fixé la durée de l'obligation des parents envers leurs enfants, et elle a eu raison. Car abstraitement elle dure pendant toute la vie des parents et des enfants, avec les modifications que l'âge et la situation respective des parents et des enfants lui impriment, sans doute, mais elle n'en reste pas moins à l'état latent, dont elle sort chaque fois que les besoins des enfants et les moyens des parents, viennent la mettre en action. Les besoins des enfants et les moyens des parents ; voilà le vrai *criterium* de l'obligation !

Une opinion assez commune attribue à la majorité de l'enfant, l'effet de faire cesser l'obligation des parents. C'est une erreur ! L'obligation existe envers l'enfant de vingt-deux ans, comme elle existe envers celui de vingt ; l'avénement de la vingt-et-unième année, n'a pas eu d'autre effet que celui de la vingtième, c'est à-dire d'apporter à l'obligation naturelle, l'altération graduelle que lui imprime le progrès de l'âge, en facilitant à l'enfant les moyens de gagner sa vie, et en dégrevant proportionnellement ses parents de la nécessité de lui venir en aide.

421. Il est donc, en thése générale, impossible de prescrire de limites absolues à la durée de cette obligation, dont le lien est suspendu quand l'enfant est en état de gagner sa vie, et reprend sa vigueur quand il en redevient incapable. (1) On doit cependant faire une différence entre l'obligation de nourrir et entretenir l'enfant et celle de l'élever, c'est-à-dire de l'instruire et de lui procurer un état. Celle-là cesse entière-

(1) "Leur donner des aliments. Bien que cette obligation soit mise par la loi sur la même ligne que celle de les *élever*, ne concluons pas que les père et mère s'en trouvent affranchis, dès qu'ils ont mis leur enfant à même de subvenir à ses besoins ; nul doute qu'elle renaît s'il tombe dans l'indigence : le droit aux aliments ne s'éteint qu'avec la vie. (Rennes, 12 juin 1810.)"

Vainement les père et mère allègueraient-ils qu'ils ont donné à l'enfant demandeur, pour fonder un établissement, une somme qu'il a dissipée ; qu'il a quitté la maison paternelle contre leur gré. (Nîmes, 12 fructidor, an XIII ; D., Aliments, sect. 1re, § 3) ; qu'il s'est marié sans leur consentement (Dur. No. 384 ; Vazeille, t. 2, No. 482 ; Toullier, No. 614 ; Rolland de Villargues, Aliments, No. 7 ; Cass. 7 décembre 1808 ; Caen, 13 avril 1822 ; Bruxelle, 19 janvier 1811 ; Grenoble, 19 février 1808, Deo. Pal.) ; ou bien

ment quand elle est exécutée, ou quand le temps de l'exécuter est passé. Si par sa faute, le père n'a pas procuré à son enfant, les moyens de gagner sa vie, les conséquences en retomberont sur lui, par la perpétuation de son obligation de secourir son enfant. Si c'est par l'indocilité ou l'insubordination de l'enfant, qu'il n'a pas appris un état, le père ne peut que s'imputer le blâme de ne lui avoir pas, par une éducation convenable, inculqué de meilleurs sentiments, et vaincu sa résistance à des ordres légitimes ; et enfin si c'est par ineptie ou par les effets d'une nature incorrigible, que l'enfant n'a pu ou n'a voulu rien apprendre, c'est le malheur des parents d'avoir à souffrir du peu d'intelligence et de la mauvaise nature de leurs enfants. Ne vaut-il pas mieux après tout, que ces enfants disgraciés et ces mauvais sujets restent à la charge de leurs parents, que de tomber à celle de la société, au risque d'en troubler le bon ordre par la mendicité ou le dérèglement ?

422. Une considération d'ordre public est donc au fond de cette obligation tracée par la nature et reconnue par la loi civile, et elle n'est pas restée étrangère à l'organisation du présent chapitre. L'obligation de nourrir et entretenir les enfants indigents s'étend-t-elle aux petits-enfants ? Voilà une question qui est en fait susceptible de distinction. Le petit enfant a perdu ses père et mère, ou ils sont encore vivants. Dans le second cas, il est certain qu'il n'existe pas d'obligation directe de son grand-père envers lui, puisqu'elle subsiste en la personne de son père. Mais elle existe indirectement par l'in

encore qu'il s'est rendu coupable envers eux d'une action qui l'a rendu indigne de succéder ; les aliments sont une dette imposée par la nature."

" L'obligation s'évanouit de droit du moment, où l'enfant même mineur, se trouve avoir des ressources personnelles. Nous le répétons, le droit et l'obligation, en matière d'aliments, renaissent chaque jour, car ils ont pour base la nécessité." Boilleux, *loco citato.*

" Ce n'est pas seulement aux enfants que la faiblesse de leur âge met hors d'état de s'entretenir eux-mêmes, que les père et mère doivent des aliments. Ils en doivent encore à ceux qui, parvenus à l'âge de pourvoir eux-mêmes à leurs besoins, ou sont tombés par leur faute dans l'indigence, ou que, soit des infirmités, soit quelque autre cause, mettent dans l'impossibilité de se procurer par leur travail les choses nécessaires à la vie." Nouveau Dénizart.

termédiaire du fils indigent auquel le grand-père est obligé de fournir des aliments, aussi bien pour sa propre substance que pour celle de sa propre famille. " Cela posé," dit Boilleux, cité chap. V, sur l'article 203 sus-cité, " nous placerons en " première ligne les enfants, puis les ascendants à quelque " degré qu'ils se trouvent, toutefois, en cas de prédécès de " leur auteur, ou s'il est insolvable, l'obligation retombe sur " eux." Le mariage étant dans le vœu de la nature, est censé l'être dans celui des parents, et les père et mère sont censés par une fiction légitime, s'être portés leurs garants envers leurs conjoints et leurs enfants à naître, de l'exécution des obligations naturelles contractées par le mariage. C'est ainsi que le beau-père est tenu de fournir des aliments à sa bru, (arts. 167 et 168).

On peut d'ailleurs tirer un argument en faveur de notre maxime, de l'obligation où sont les petits-enfants vis-à-vis leurs aïeuls. " Cette obligation où sont les enfants, ne se borne pas " à ceux du premier degré. Les petits-enfants sont obligés de " fournir des aliments à leur aïeul ou aïeule indigents, lors- " que leur père est prédécédé ou qu'il n'est pas en état de les " fournir lui-même." (Pothier. Traité des personnes, tit. 6, sect. 2, No. 142.) Enfin le même auteur décide expressément la question en ce sens au No. 387 de son Traité du contrat de mariage, partie 5, chap. 1, art. 1.

423. Après la mort des père et mère, les aïeuls doivent directement la nourriture et l'entretien aux petits-enfants qui ont une action directe pour les obtenir. " Au défaut des pères " et mères, la charge des enfants retombe sur les ascendants " les plus proches," lisons-nous au Nouveau Denizart, *eod. Vo. Aliments.* Leur doivent-ils aussi l'éducation ? Pourquoi pas ? Est-ce que la loi pourrait faire une distinction qui n'est pas dans la nature, en forçant les aïeuls à fournir à leurs petits-enfants la nourriture du corps, et en les exonérant du devoir de leur procurer celle de l'esprit ?

Les aïeuls sont aussi obligés à procurer un état à leurs petits-enfants. En un mot l'obligation des aïeuls est la même envers leurs petits-enfants et arrières-petits-enfants, qu'envers

leurs enfants, toujours dans le cas où les père et mère sont hors d'état d'y subvenir. La chose toute légitime en droit naturel n'est pas inusité en droit civil, qui sous le terme d'enfants comprend tous les descendants. *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt, continentur.* D. lib. 50, tit. 16, de reg. jur. l. 220.

On dit qu'en thèse générale, les petits-enfants tant que leur père et mère sont vivants, n'ont pas de recours direct contre leurs aïeuls. Il faudrait cependant se garder de poser cette maxime en principe absolu. Il est, outre l'insolvabilité du fils que nous avons citée, des cas, comme celui de l'absence, de l'insanité du père, et d'autres hypothèses semblables, ou le délaissement et le défaut de protection, dans lesquels se trouvent leurs enfants qui confèrent à ce sderniers un droit de réclamation directe. Quand le droit abstrait existe, les tribunaux sont toujours les maîtres de sanctionner le recours qui le met en action.

Sans ce pouvoir discrétionnaire, le droit n'est dans bien des cas, qu'une vaine formule, et celui-ci en serait une.

424. Cette obligation contractée, comme le dit l'article, par le seul fait du mariage, voyons dans quelle mesure elle lie les époux. C'est une charge de la communauté. Si les époux sont séparés de biens, et s'ils en ont tous deux, elle se repartit par moitié entre eux, sinon, elle pèse en entier sur celui des époux qui a les moyens de la supporter.

Tant que les enfants sont en bas âge, et qu'ils ne sont pas élevés, il est rare de trouver des père et mère assez dénaturés pour refuser d'exécuter une obligation aussi légitime, et ce n'est guères pour cette époque que l'article demande une application compulsoire.

On convient généralement que l'obligation des aliments cesse quand l'enfant est en état de gagner sa vie, ou qu'il est pourvu d'un état ou établissement. Mais les infirmités et la mauvaise fortune peuvent le ramener dans l'indigence, et il se trouve des père et mère, qui dans ce cas, parce qu'ils lui ont fourni sa part de patrimoine, sous prétexte d'autres enfants à établir ou pour d'autres motifs, refusent de secourir

l'indigent. C'est alors qu'il est nécessaire de régler jnridiquement les droits et obligations de chacune des parties, et d'en établir la mesure. On trouve au supplément du *Journal des Audiences*, un arrêt du 30 août 1639, par lequel un aïeul fut condamné en deux cent livres de pension alimentaire, envers ses petits enfants quoiqu'il se défendit en disant qu'il avait pourvu à son fils, père de ces derniers.

425. Il n'est pas besoin de dire, qu'on devrait faire nommer un tuteur *ad hoc*, à l'enfant mineur qui serait forcé de réclamer en justice des aliments de ses père et mère, aïeul et aïeule, le majeur seul pouvant agir en son nom. La première chose à établir de la part du demandeur serait son indigence et celle de sa famille, suivant les circonstances et les moyens de ses père et mère. Suivant la condition sociale, l'état de fortune, l'âge respectif des parents et des enfants, les besoins de ces derniers, leur conduite envers leur père, leurs antécédents, et l'emploi probable qu'ils feront des deniers qu'ils réclament, le juge arbitrera la pension qu'il ne pourra pas évaluer à une somme moindre que le nécessaire, et qu'il pourra élever, tout en se souvenant qu'il n'y a que le besoin absolu des enfants; qui puisse justifier une condamnation contre leurs parents; qu'il ne doit point mettre des parents âgés dans la gêne, encore moins dans la misère, pour soulager leurs enfants ; qu'il ne doit jamais retrancher des moyens des parents, pour faire vivre des enfants dans une aisance même comparative, surtout s'ils ont déjà établi leurs enfants, hormis le cas de grande infortune des enfants et de grande richesse des parents.

En condamnant les parents à payer une pension alimentaire, les tribunaux peuvent user de toutes les restrictions et adopter toutes les mesures de précaution qui leur paraîtront utiles ou nécessaires pour assurer l'efficacité de leur jugement et l'empêcher de peser trop onéreusement sur le débiteur. Ils peuvent fractionner le montant de la pension par trimestre, par mois et par semaine. Ils peuvent ordonner le paiement entre les mains des tiers, de la femme de l'enfant, son dépôt dans une banque. C'est en cette matière surtout que le juge agit comme magistrat domestique, qu'il est plutôt un arbitre,

qu'un juge armé de la puissance judiciaire, et que le tribunal qu'il préside est un tribunal de famille.

426. Jusqu'ici nous avons mis sur la même ligne l'obligation de fournir des aliments aux enfants, et celle de les élever. Nous avons attribué à toutes deux un caractère juridique. Nous ne sommes pas en cela d'accord avec plusieurs commentateurs du Code Napoléon, qui font une distinction entre les aliments et l'éducation, qui accordent une action en faveur des enfants, contre leurs pères pour les contraindre à leur fournir des aliments et qui la leur refusent pour l'éducation. Suivant eux l'obligation d'élever les enfants est une obligation purement morale et qui n'a point de sanction judiciaire. (1)

Je n'en persiste pas moins dans mon sentiment. D'abord, comment peut-on faire une distinction que la loi ne fait pas et scinder la disposition de l'article, qui dit, " les époux contrac- " tent par le seul fait du mariage l'obligation de *nourrir*, *en-* " *tretenir* et *élever* les enfants," pour dire que cet article donne une action pour les deux premières obligations, et qu'il la refuse pour la troisième.

La différence n'existe certainement pas dans la lettre de la loi. Comment pourrait-on dire qu'elle se trouve dans l'intention du législateur, non-seulement quand il ne le dit pas, mais quand il dit expressément le contraire. On veut donc que le juge distingue quand la loi ne le fait pas. J'admets qu'il existe en pratique une différence dans l'application des deux obligations, en ce que l'éducation consistant dans des actes d'un caractère moral, qui n'ont point de forme déterminée, et dont l'appréciation est toute personnelle aux parents, reste insusceptible d'évaluation pécuniaire, et conséquemment échappe au contrôle des tribunaux. A ce point de vue, je dis avec Boilleux (sur l'article 303) et Demolombe,

(1) A la différence de ce qui est établi pour la dette alimentaire, cette obligation (d'élever les enfants) fondée sur la morale ne produit point d'action ; on doit la considérer comme une charge de l'autorité paternelle. Boilleux, *loco citato*.

Demante, sur le même article 103, semble refuser en thèse générale, l'action contre les père et mère pour les forcer à élever leurs enfants.

Zachariæ ne la donne pas davantage, chap. V, sur le même article.

(No. 8), Merlin (Rép. Vo. Education), "c'est une obligation toute morale," mais l'éducation des enfants ne reste pas toujours dans ces conditions.

En dehors du développement des qualités du cœur et des dispositions de l'esprit, en sus de la morale apprise à la maison et enseignée par les leçons et les bons exemple du père de famille, dont sous ce rapport, la conduite échappe à toute censure étrangère, n'y a-t-il pas l'éducation qui se donne dans les colléges et les écoles, où les enfants reçoivent l'instruction littéraire ; des ateliers et des boutiques où ils apprennent les arts mécaniques, et acquèrent des notions de commerce et d'industrie, et est-ce que cet enseignement n'est pas appréciable en argent ?

J'admets bien que, même à cet égard, hormis des circonstances bien exceptionnelles, les tribunaux ne seraient pas justifiables d'intervenir dans les affaires de famille et de forcer un père ou une mère à faire instruire leurs enfants, à les mettre en apprentissage et à leur faire enseigner un état. Mais ces circonstances exceptionnelles peuvent se présenter, et c'est là où je veux en venir.

427. Supposons un veuf remarié en possession d'une large fortune, qui s'éprend d'une haine injuste pour ses premiers enfants en bas âge, et les chasse du toit paternel. Une mère qui se remarie, et dont le second mari, homme avare et brutal, force sa femme à délaisser les enfants du premier mariage. Est-ce que dans ces deux cas et d'autres semblables, les parents des enfants, ne pourront pas, par l'entremise d'un tuteur élu par eux, s'adresser aux tribunaux et obtenir contre le père, la mère ou le beau-père, un jugement de condamnation à des sommes suffisantes, non-seulement pour faire nourrir et entretenir les enfants, mais encore pour pourvoir à leur éducation et à leur procurer un état ? Qui pourrait répondre négativement à cette question ? Et sur quoi serait fondée la poursuite, en semblables circonstances sinon sur l'article 165 du Code ?

Il n'est donc pas exact de dire, en thèse absolue, que les père et mère, ne peuvent pas être contraints juridiquement à

élever leurs enfants, comme à leur fournir des aliments ? Que l'on dise, que le droit que consacre l'article en théorie, est en pratique d'une réalisation difficile et les cas où l'application pourra s'en faire, plus rares encore. A la bonne heure ! Mais que l'on ne nie pas absolument et *ex cathedra*, l'existence de l'action. Car en le faisant, non-seulement on fait injure à la loi, dont on méconnait non-seulement l'esprit d'humanité, mais la lettre même. 1)

ARTICLE 166.

Les enfants doivent des aliments à leur père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.

ARTICLE 167.

Les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse :

1o. Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces.

2o. Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés.

ARTICLE 168.

Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.

(1) Boilleux, sur l'art. 203, page 501.

"Cependant nous réservons toujours, le cas d'abus grave (arg. des art. 267, 302 et 444) ; nul doute que la justice pourrait alors intervenir à la requête de la mère, de la famille et même du ministère public, spécialement chargé de protéger les incapables. Du reste, ce n'est là qu'une exception dont les annales judiciaires ne présentent que de rares exemples."

Vo. aussi : Demolombe, No. 9 ; Demante, No. 285 *bis* ; Caen, 31 déc. 1811, 1812, 2,280.

SOMMAIRE.

428. Le texte de l'article 166 corrobore l'extension donnée plus haut à l'article 165, et fait voir que l'obligation des parents envers leurs enfants s'applique à l'éducation qu'ils doivent leur donner aussi bien qu'aux aliments et à l'entretien.

429. Les gendres et les brus tiennent lieu d'enfants à leur beau-père et à leur belle-mère, comme ces derniers leur tiennent lieu de père et de mère et ils se doivent réciproquement des aliments. De quelle manière s'exécute cette obligation mutuelle ?

430. De la part du gendre et de la belle-fille cette obligation constitue une charge du mariage. Les deux époux ne comptent que comme une tête dans la quote alimentaire.

431. Tant qu'elle dure, l'obligation du gendre et de la belle-fille est la même que celle des enfants et du conjoint parent.

432. Le convol en secondes noces de la belle-mère fait cesser l'obligation du gendre et de la bru. Cette obligation est principale et non subsidiaire.

433. L'effet de la réciprocité mentionnée en l'article 168 est d'obliger les beau-père et belle-mère à fournir des aliments à leurs gendres et brus comme ces derniers en sont tenus envers eux.

COMMENTAIRE.

428. Le texte même de l'article 166 corrobore l'extension que nous avons donné à l'article précédent. Car si cet article avait voulu limiter l'obligation juridique des parents à fournir la nourriture et l'entretien à leurs enfants, il se serait servi des termes du présent article 166, et aurait dit : " les père et mère doivent des aliments à leurs enfants," sans ajouter qu'ils doivent pourvoir à leur éducation, car sous le terme d'aliments, la loi comprend la nourriture et l'entretien, c'est-à-dire la prestation de toutes les choses nécessaires à la vie. En sanctionnant l'obligation naturelle des père et mère et autres ascendants envers leurs enfants et petits-enfants, la loi ne pouvait omettre de sanctionner par une disposition réciproque, celle des enfants et autres descendants, car comme nous l'avons vu sous l'article 165, le mot *enfants* employé dans le présent article 166, comprend et dans sa propre énergie et dans l'intention de la loi, les petits-enfants.

Une remarque commune aux deux articles et aux obliga-

tions qu'ils consacrent, ne doit pas nous échapper. C'est que l'obligation des ascendants, autres que les père et mère, envers leurs petits-enfants, et l'obligation de ces derniers envers les mêmes ascendants, n'est que subsidiaire, que tant que les père et mère, ou l'un d'eux sont en état de subvenir aux besoins de leurs enfants, les autres ascendants n'y sont point tenus, et de même tant qu'ils existe un seul enfant habile à secourir les auteurs immédiats de ses jours, les petits-enfants ne sont point sujets à cette obligation. Quoiqu'ils découlent de deux sources différentes, puisque l'obligation des aliments est un devoir du droit naturel, et le droit de succéder est une création du droit civil, la loi a subordonné l'obligation des aliments à l'ordre qu'elle a établi pour déterminer le droit de succession légitime, c'est-à-dire à la proximité du sang. Comme elle les a appelés à se succéder mutuellement, de même elle appelle les père et mère et les enfants à se fournir réciproquement des aliments, et ce n'est que sur la défaillance de ce premier degré de la ligne ascendante, ou sur son impossibilité de remplir ce devoir, qu'elle en charge les degrés subséquents. Ce parallélisme n'a cependant lieu qu'en ligne directe, puisque la loi n'assujettit pas à cette obligation, la ligne collatérale, même dans les degrés où en matière de succession elle exclut la ligne ascendante, car les parents collatéraux n'en sont pas tenus. (1)

429. Les gendres et les brus tiennent lieu d'enfants à leur beau-père et belle-mère, comme ces derniers leur tiennent lieu de père et de mère. Ils deviennent membres de la même famille.

D'après les lois romaines, la bru tombait avec son mari sous la puissance de son beau-père. Nous avons vu qu'entre

(1) Demolombe, No. 39.

"Nul autre parent ne pourrait être juridiquement contraint à secourir son parent dans le besoin : pas même le neveu et la nièce envers leurs oncles et tantes ; le frère germain envers son frère ou sa sœur ! Il n'y aurait là qu'une obligation imparfaite, à laquelle la loi n'a pas cru devoir imprimer la sanction de la puissance publique. Car on ne peut nier que cette obligation, si respectable qu'elle soit, n'ait quelque chose d'exorbitant, lorsqu'elle devient une obligation positive et juridique."

ces personnes, les empêchements de mariage sont les mêmes qu'entre les parents et les enfants, et qu'ils sont insurmontables. Il n'était donc que juste que la loi les assujettit par les liens réciproques d'une égale obligation, au regard des aliments. Ici encore, le vœu de la nature a devancé le législateur.

Comme les enfants naturels, les gendres et brus doivent des aliments à leur beau-père et belle-mère, et ils comptent pour une tête dans la contribution de ces aliments. S'ils sont seuls, ils contribuent pour le tout. Est-ce en leur nom et en acquittement d'une dette personnelle, ou est-ce comme époux de l'autre conjoint, enfant des beau-père et belle-mère que les gendre et brus doivent des aliments, ou bien encore cette dette est-elle une dette commune aux deux époux ? La solution de cette question est importante pour en décider plusieurs autres qui peuvent se présenter, et devenir d'un usage journalier. Si l'obligation des gendres et brus était absolue et durait toute la vie du créancier et du débiteur, comme l'est en général l'obligation du débiteur d'aliments, il n'y aurait pas à hésiter à répondre, que c'est une obligation purement personnelle. Mais il n'en est pas ainsi, et l'obligation cesse avec la mort de l'époux, dont la parenté avec le père indigent a créé l'obligation, ou avec celle du dernier enfant né de leur mariage. Si d'un autre côté la mort de l'époux indépendamment de la survie d'enfants nés du mariage, éteignait l'obligation, on pourrait dire, que c'est comme époux et pour acquitter la dette de l'époux parent, que ce gendre ou cette bru fournissent des aliments. En ce cas, s'il y avait séparation de biens, l'époux étranger ou ses héritiers auraient contre l'époux parent ou contre sa succession une action en répétition de ce qu'il aurait payé. Au cas de communauté, ce résultat ne se produirait pas, car la dette étant mobilière, qu'elle soit celle de l'un ou de l'autre des époux, elle reste à la charge de la communauté. Cependant le fait que l'obligation dure après la mort du conjoint parent, repousse cette opinion. La vérité est dans un juste milieu entre ces deux opinions, c'est-à-dire, que par le seul fait de leur mariage, les

époux contractent l'obligation de fournir des aliments à leur beau-père et belle-mère, et que cette obligation dure pendant toute la vie de l'autre époux et du dernier vivant des enfants nés de leur mariage. Cette obligation naît de la loi, qui en a subordonné la durée et l'étendue aux conditions qu'il lui a plu de lui imprimer.

430. Cette obligation n'est pas entièrement personnelle au gendre ou à la belle-fille, en ce sens qu'elle doive peser en entier et uniquement sur eux. C'est une charge du mariage, et comme telle pendant toute sa durée, elle devient commune aux époux, et entr'eux elle est divisible par moitié, quoique vis-à-vis des beau-père et belle-mère elle soit indivisible, et sous ce rapport elle participe de la divisibilité entre les époux, de l'obligation de fournir des aliments aux enfants nés de leur propre mariage, obligation qui, vis-à-vis les enfants, est indivisible, comme toutes les obligations des débiteurs d'aliments vis-à-vis les créanciers. Ainsi si les époux, (toujours séparés de biens) possèdent tous deux des moyens suffisants, ils devront payer chacun leur part. Si le gendre et la belle-fille, ou l'époux parent, ne possèdent pas de biens suffisants, que ce soit l'époux étranger ou l'époux parent qui soit insolvable et *vice versa*, c'est l'époux solvable qui doit les fournir, sauf son droit d'indemnité lors de la dissolution du mariage, comme il vient d'être dit.

Il ne faut cependant pas croire que les époux comptent pour deux têtes dans la contribution de la quote alimentaire. De deux ou plusieurs frères tenus de fournir des aliments à leur père et mère, le mariage de l'un ou de plusieurs n'a pas l'effet d'alléger l'obligation des autres et de la subdiviser par le nombre de gendres ou de brus qui entrent dans la famille. Chaque mariage ne supporte qu'une portion de la pension alimentaire. S'il n'y a que deux enfants, le mariage de l'un n'aura pas l'effet de diviser l'obligation par tiers. Elle restera pour moitié à la charge du célibataire, et les deux époux ne seront de même tenus que pour l'autre moitié. A la mort de l'époux parent, s'il reste un ou plusieurs enfants du mariage, l'obligation jusque-là commune aux deux époux, retom-

bera en entier sur le gendre et la belle-fille, qui seront vis-à-vis leurs beaux-frères et belles-sœurs, et leur beau-père et belle-mère, dans la même situation et responsabilité que s'ils étaient nés du même mariage. Seulement que l'obligation du gendre et de la bru s'évanouira en entier à la mort du dernier de leurs enfants, et cette obligation retombera sur leurs beaux-frères et belles-sœurs, qui en supporteront leur part.

431. Il résulte donc de ce qui vient d'être dit, que tant qu'elle dure, l'obligation du gendre et de la belle-fille est absolument la même que celle des enfants nés du mariage, et notamment qu'elle est semblable à celle du conjoint parent.

De cette similitude, naît cette conséquence propre à toute dette d'aliments commune à plusieurs débiteurs, qui est que le gendre ou la belle-fille, doivent supporter les conséquences de l'insolvabilité des propres enfants au prorata du nombre des insolvables, comme ces enfants supportent eux-mêmes les conséquences de l'insuffisance des gendre et belle-fille.

Tellement que dans une famille, quelque nombreuse qu'elle soit, si le gendre ou la belle-fille sont seuls en état de fournir des aliments au chef de cette famille, ils sont seuls chargés de la pension alimentaire, comme en semblables circonstances, le seul ou les seuls enfants solvables en seraient responsables.

432. Le convol en secondes noces de la belle-mère, fait aussi cesser l'obligation des aliments de la part du gendre ou de la bru. La raison de cette disposition est que la loi suppose que la belle-mère a trouvé dans un second mari, sous la puissance duquel elle tombe, une personne en état de la faire vivre Cette raison toute peu satisfaisante qu'elle soit, car le second mari peut tomber dans l'indigence, est pourtant la seule que l'on puisse invoquer au soutien de cette étrange disposition, car on ne peut sérieusement soutenir avec quelques auteurs, que la loi l'a prononcée en haîne des seconds mariages des femmes avancées en âge. Délier un gendre de l'obligation de fournir des aliments à sa belle-mère, et laisser celle-ci dans l'indigence et le dénument, parce qu'elle s'est remariée ! Cela

peut être bon sous le Code Napoléon, mais ne sera jamais de bon aloi sous le nôtre.

Sur l'article 167, qui est l'article 216 du Code français, quelques commentateurs avancent aussi, que l'obligation du gendre et de la belle-fille n'est que subsidiaire, et n'a lieu qu'au cas où l'époux qui à produit l'affinité n'a pas de fortune suffisante.

Nous avons émis l'opinion contraire, car le texte de l'article 166 est absolu, et nous ne pouvons pas admettre ce tempérament, qui aurait pu être dans la pensée du législateur, mais qu'il n'a pas rendu dans le texte.

Venant après l'article 166, lequel dit que les enfants doivent des aliments à leur père et mère et autres ascendants, qui sont dans le besoin, l'article 167 qui dit, que les gendres et belles-filles doivent également (c'est-à-dire de la même manière que les enfants) et dans les mêmes circonstances (c'est-à-dire dans le besoin) des aliments à leurs beaux-pères et à leurs belles-mères, peut-il avoir créé autre chose qu'une obligation absolue ? Les sectateurs de cette opinion avancent aussi, que le gendre et la belle-fille qui ont des enfants, ne sont tenus que subsidiairement, et au cas d'insolvabilité de ces enfants liés par une obligation plus étroite envers leurs ascendants que les gendres et belles-filles. En morale, cette distinction peut avoir son mérite, mais en droit, elle a le tort de n'être pas justifiée par le texte.

Il est un cas, où malgré le convol en secondes noces de sa belle-mère, le gendre reste indirectement tenu de lui fournir des aliments, c'est celui où il est en communauté de biens avec sa femme. Le convol en secondes noces ne déliant pas celle-ci de l'obligation de fournir des aliments à sa mère, comme cette dette est une dette commune, le mari en est tenu comme chef de cette communauté.

433. Nous avons déjà vu sur les articles 165 et 166, que les enfants et petits-enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants comme ceux-ci leur en doivent. Cette réciprocité existe entre les beau-père et belle-mère, et les gendres et belles-filles, et se trouve dans le présent article. Les beau-père et belle-mère, doivent des aliments à leurs gendres

et belles-filles tant que l'époux qui a produit l'affinité et les enfants nés du mariage des deux époux vivent, et que la belle-mère n'a pas convolé en secondes noces, car en ce cas, son obligation cesse vis-à-vis d'eux comme la leur cesse à son égard. Réciprocité bien naturelle !

Les articles 165, 166, 167 et 168, mettent donc en présence les ascendants et les descendants, comme se devant réciproquement des aliments, avec cette distinction que l'obligation naturelle des aïeuls et des petits-enfants n'est que subsidiaire et subordonnée à l'insolvabilité des parents du premier degré. Parmi ces créanciers et débiteurs mutuels, viennent se ranger les beau-père et belle-mère, et les gendres et belles-mères dont l'obligation se restreint au premier degré, c'est-à-dire que l'obligation des aïeuls ne s'étend pas aux époux de leurs petits-enfants, de la même manière que l'obligation de ces époux ne s'étend pas à ces mêmes aïeuls de leurs conjoints.

L'article 169 va maintenant nous dire dans quelle proportion ces aliments sont dûs.

ARTICLE 169.

Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

SOMMAIRE.

434. Cet article établit un principe d'une stricte équité dont l'application ne peut cependant être l'objet d'une règle absolue. Cette application est toute subordonnée aux circonstances.

435. Quelles sont ces circonstances et comment doivent-elles servir de mesure à la quotité des aliments ?

436. Suite.

437. Si le procès mu sur l'obligation des aliments traîne en longueur, le juge peut accorder une provision et l'exécution de ce jugement est solidaire. Comment se règle cette solidarité.

COMMENTAIRE.

434. Cet article établit un principe d'une stricte équité, mais dont l'application échappe à toute règle absolue. Cette application est toute subordonnée aux circonstances et à l'arbitrage

des tribunaux. La fortune du débiteur, le besoin du créancier, voilà l'échelle sur laquelle doit se graduer l'étendue de l'assistance que le premier doit au dernier. Il faut indigence d'un côté et faculté d'apporter du secours de l'autre. Cette faculté est toute relative aux ressources pécuniaires du débiteur, qui ne doit effectivement la pension alimentaire que quand, défalcation faite des dépenses nécessaires pour le soutien de sa vie et celle de sa propre famille, il lui reste les moyens de la payer. Dans l'évaluation de ces ressources, le travail des débiteurs doit apporter son contingent raisonnable, et c'est souvent le seul avoir sur lequel on peut asseoir la contribution Pour établir le *quantum* de cette contribution subordonnée aux circonstances, toute fondée sur l'équité et dans laquelle il n'entre aucun principe de droit, on ne peut que donner quelquesa perçus généraux sur les règles à suivre dans les cas ordinaires, sans se flatter de les atteindre tous.

435. On doit d'abord consulter le nombre de ceux qui réclament les aliments, et l'étendue de leur besoin ; le nombre de ceux qui sont en état de les fournir, et leur aptitude respective, se souvenant que chacun doit apporter son contingent proportionné à ses ressources, et qu'en cas d'inégalité sensible et appréciable dans les moyens, les parts doivent se diviser inégalement, si sans porter préjudice à aucuns, on ne peut les répartir également.

L'âge des ascendants ou descendants qui, suivant le cas, réclament du secours, est un point important qui ne doit pas échapper au juge, lequel se rappellera que les enfants qui n'ont pas reçu d'établissement de leurs parents méritent une faveur spéciale, et qu'il en est de même des vieillards hors d'état d'ajouter par leur travail, un supplément à l'adjudication du tribunal.

L'on comprend que la cause des ascendants l'emporte en faveur, sur celle des enfants, généralement plus en état de gagner leur vie, et qui ne comptent que pour une bien petite proportion dans les demandes de ce genre.

Enfin, quand la pension est évaluée en argent, elle peut être payable par quartiers ou par mois et même fractionnée en

plus courtes échéances, d'avance ou à l'expiration de chaque échéance, et être déposée entre les mains d'une tierce personne chargée de sa distribution. En un mot, les magistrats ont en cette matière, un pouvoir discrétionnaire, que l'on serait tenté de dire illimité, car ils agissent plutôt en arbitres et amiables compositeurs, qu'en juges, et leur tribunal est, comme nous l'avons déjà dit, autant le tribunal de la famille, que le siége de la justice.

436. Du principe que chaque débiteur doit les aliments dans la mesure de ses ressources, résulte comme conséquence, que si un seul est capable de les fournir, il le doit en entier et ainsi de suite, en les divisant également, suivant le nombre de ceux qui sont en état de supporter leur part de cette totalité, et inégalement dans le cas contraire. Telle est la règle sur laquelle doit être fondé le jugement qui doit n'avoir aucun égard aux insolvables et ne compter que ceux qui sont solvables.

Cette répartition inégale des aliments, eu égard aux moyens inégaux de ceux qui sont obligés de les payer, n'a cependant d'effet qu'entre les débiteurs. Car quant aux créanciers, la dette alimentaire étant une dette solidaire, chacun des obligés est tenu pour le total, sauf son recours contre ses co-débiteurs, dans les proportions suivant lesquelles ils auront été condamnés. Ainsi les père et mère et ascendants, peuvent poursuivre celui qu'ils croient le plus en état de leur fournir des aliments, et obtenir condamnation pour le total, ou ils peuvent poursuivre tous les obligés solidairement. Dans le premier cas, le défendeur, peut mettre en cause, ses co-obligés et les faire condamner dans les proportions égales ou inégales suivant lesquelles ils sont tenus, et sur ce jugement, le créancier des aliments peut le faire exécuter contre le défendeur originaire seul pour le tout, et en ce cas, ce dernier est subrogé en payant, aux droits du créancier, et peut faire émaner une exécution contre chacun de ses co-obligés, au *prorata* de leur part et en remboursement de ce qu'il a payé pour chacun d'eux en excédant de sa propre part. Dans le second cas, le demandeur doit obtenir condamnation solidaire contre les défen-

deurs, et il peut faire exécuter ce jugement en entier contre chacun d'eux, sauf le recours de ceux qui ont payé pour répéter la part des autres.

La solidarité de la dette alimentaire vient de ce que l'obligation des aliments n'est pas susceptible de division ou d'exécution par partie, c'est-à-dire, qu'elle est indivisible, *alimentorum causa individua*, car quoique réalisable en argent et divisible sous ce rapport, elle ne peut pas l'être dans son objet qui est de conserver la vie du créancier, et chaque fraction de la somme totale devient chaque jour nécessaire à sa subsistance.

437. Si le procès menace de traîner en longueur, le juge peut accorder une provision au demandeur, et l'exécution de son jugement est également solidaire.

Cette solidarité peut paraître marquée au coin d'une grande rigueur, mais il faut remarquer, que les enfants qui refusent des aliments à leurs ascendants et les ascendants qui en refusent aux descendants dans l'indigence, ne méritent point de faveur.

Il est cependant des cas où le jugement n'est pas susceptible d'exécution solidaire contre les défendeurs indistinctement. C'est celui de la pauvreté des défendeurs, ou de quelques-uns d'eux. L'on ne peut demander de secours à aussi pauvre que soi, et si dans ces cas mêmes, les tribunaux condamnent des défendeurs pauvres mais valides et dans la force de l'âge, à fournir des aliments à leurs parents infirmes et âgés, c'est sur leur travail qu'ils forcent les enfants à économiser, en retranchant même de leur nécessaire quelques secours à leurs parents. L'on conçoit que dans ces cas une condamnation solidaire ruinerait le malheureux, contre lequel elle s'exécuterait si toutefois elle était susceptible d'une exécution effective.

Egalement dans les cas de pauvreté comparative de quelques enfants, et de leur inhabilité à payer leur part virile, inhabilité qui est la cause qu'elle est estimée à une somme moindre que la part des autres, une condamnation solidaire prononcée contre eux, outre que leur pauvreté la rendrait illusoire, opérerait une grave injustice à leur égard.

Dans ces cas donc, les juges qui en cette matière, faut-il le répéter, doivent puiser dans l'équité et l'humanité, les règles de leur décision, peuvent adoucir la rigueur des condamnations, et diviser la dette sans craindre de voir leurs jugements révoqués par les cours souveraines.

Pas n'est besoin de dire, que le jugement peut n'être prononcé que pour un temps, et qu'il s'éteint avec la mort du créancier, sans passer à ses héritiers pour le capital, ni même pour les arrérages, hormis que cet héritier ou quelqu'un envers qui il serait responsable de leur répétition, les aurait fournis au créancier de son vivant.

Solidaire entre les débiteurs, la dette ne l'est pas entre les créanciers. Aussi, bien que le mari et la femme ne puissent pas demander séparément de leur vivant, chacun une partie divise de la somme, à la mort de l'un d'eux, la condamation se trouve réduite de moitié ou de la manière fixée par le tribunal.

L'obligation des aliments cesse aussi dans les circonstances mentionnées en l'article suivant.

ARTICLE 170.

Lorsque celui qui fournit ou qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

ARTICLE 171.

Si la personne qui doit fournir les aliments, justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal peut ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle doit des aliments.

ARTICLE 172.

Le tribunal prononce également si le père ou la mère qui, quoique capable, offre de recevoir, nourrir

et entretenir l'enfant à qui il doit des aliments, doit, dans ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire.

SOMMAIRE.

438. Les dispositions de ces articles se saisissent facilement et n'ont pas besoin de commentaire. L'action en dégrèvement ou en diminution de la pension alimentaire pour une des deux causes mentionnées en l'art. 170 ou pour les deux, doit dans certains cas, être notifiée aux co-obligés du Demandeur.

439. Le mode d'acquitter la dette alimentaire mentionnée en l'article 171, paraît être le plus simple et être à la fois le moins onéreux et le plus efficace ; il n'en est cependant pas ainsi.

440. Le tribunal est le juge souverain de la convenance de cette prestation.

COMMENTAIRE.

438. La disposition de l'article 170 se comprend facilement. Les éléments de l'obligation étant d'un côté le besoin et de l'autre la faculté d'y subvenir, dès l'instant que l'un ou l'autre de ces éléments cesse ou diminue, l'obligation cesse ou diminue avec lui.

La demande en dégrèvement ou en diminution de la pension, intentée pour l'une ou l'autre de ces deux causes, ou à la fois pour les deux, quand elles arrivent simultanément, quand elle n'est intentée que par quelques-uns des obligés, doit être notifiée aux autres, si elle doit exiger un remaniement de la contribution, par la décharge complète ou la réduction de l'obligation des demandeurs. Cette mise en cause doit être faite par l'une ou l'autre des parties, suivant l'ordre du tribunal qui peut aussi l'ordonner d'office. Le nouveau jugement prendra alors la place du premier, au quel il fait novation.

Nous avons jusqu'ici parlé de la pension évaluée en argent, mais elle peut aussi être ordonnée en nature, et c'est ce qui résulte de l'article 171.

439. Le mode d'acquitter la dette alimentaire dont parle l'article 171 est si naturel, qu'il semble étrange qu'il ne se soit pas offert le premier à la pensée du législateur. En effet, quoi

de plus simple pour celui qui doit la nourriture et l'entretien que de les donner chez lui, à celui qui doit les recevoir, en lui faisant partager sa table et son toit ? Cette manière, la moins onéreuse de remplir l'obligation, paraît en outre avoir le mérite d'entretenir l'affection des parents, en leur faisant reprendre la vie de famille interrompue le jour que l'enfant a quitté le toit paternel. Un moraliste trouverait dans cet article matière à de belles dissertations.

Le législateur, qui ne voit pas la vie humaine sous ses aspects riants, mais qui est chargé de l'étudier sous ses côtés réels, ne partage pas ces illusions. L'expérience lui a appris, au contraire, que la pension fournie en nature et sous le même toit, au lieu de resserrer les liens de la famille, les relâche quand elle ne les rompt pas, fomente les dissensions, produit l'ingratitude, et que de toutes les rentes viagères, la pire et la plus mal payée est celle du *pot et feu !* Aussi ne l'a-t-il autorisée que quand le débiteur ne peut s'acquitter en argent de la dette alimentaire. L'obligation où il place la personne qui doit les aliments de justifier de son incapacité à les fournir de cette dernière manière, pour revêtir le juge de la faculté d'ordonner l'autre, fait voir que ce n'est qu'à regret qu'il y a consenti, et que c'est sur la demande du débiteur seul, et non sur celle du créancier qu'elle peut l'être. Quand il y a plusieurs personnes chargées de payer la pension, le tribunal peut ordonner que, chacune leur tour et pendant des époques déterminées, par année, semestre ou trimestre, elles recevront chez elles et dans leur famille où elles les nourriront, vêtiront et entretiendront, les créanciers alimentaires. Les plus riches, naturellement, devront contribuer en plus large mesure que les autres, et les pauvres ne contribuant pas du tout. Exception toute naturelle en faveur du débiteur, et favorable surtout au créancier !

Ce que nous venons de voir sur la répugnance de la loi à accorder la pension en nature, ne s'applique cependant pas au cas où elle est due par les ascendants aux descendants qui ne peuvent opposer cette fin de non-recevoir à la demande, qu'en cas d'incapacité de la payer en argent, pendant que dans cer-

tains cas, appréciables par les juges, les père et mère, quoique capables, peuvent l'acquitter en nature.

440. Les père et mère dont les enfants ne peuvent faire cesser la demande en offrant de les recevoir chez eux, que dans le cas d'incapacité de fournir la pension en argent, poursuivis pour aliments par leurs enfants et petits-enfants, peuvent quoique dans des circonstances de fortune suffisantes, se libérer de la demande en offrant de les recevoir chez eux. Ce droit n'est cependant pas absolu et le juge peut discrétionnairement l'accorder ou la rejeter, ce qu'il fera suivant les circonstances. L'articlé 172 a fait avec raison cette distinction entre les deux cas ; car encore ici, l'expérience fait voir, que la prestation de la pension en nature, faite sous le toit paternel, est sujette à moins d'abus que quand ce sont les père et mère qui vont demeurer avec leurs enfants. Dans ce dernier cas, le fils ou la fille ne sont pas seuls à la maison. Il s'y trouve la femme ou le mari qu'incommode souvent la présence du beau-père ou de la belle-mère et que contriste l'obligation de les nourrir. A ce malaise, ajoutez les embarras de la propre famille, et vous verrez d'abord la contrainte surgir dans les rapports de famille, les mécontentements ensuite, et plus tard la discorde ouverte. Il se présente moins de dangers de ce genre, en réunissant les deux familles sous le toit paternel, quand c'est le fils dans l'indigence qui réclame des aliments. Cependant quoiqu'en général, ces inconvénients soit moins graves, ce n'en est pas moins un des cas, où sous l'article 172, le juge est appelé à exercer sa discrétion, et dans la plupart des cas elle sera défavorable à la prestation de la pension en nature, dans la même maison.

Pour compléter ce chapitre, il devient nécessaire de parler d'un cas qui peut se présenter fréquemment en rapport avec la pension alimentaire, c'est celui où cette pension est fournie par des tiers qui en réclament le prix des obligés. Ce droit est fondé sur le principe, que celui qui paie la dette d'autrui, peut en vertu d'un quasi contrat, en répéter le montant du débiteur, et dans le cas actuel il reçoit de l'équité une faveur spéciale. Ainsi celui qui avance à un père dans l'indigence,

des aliments que lui doit le fils, qui nourrit un fils abandonné par son père, ou trop éloigné de lui pour en recevoir des secours directs, doit recevoir des tribunaux un accueil favorable, quand il se pourvoit en répétition contre le débiteur. Dans ces cas la règle de décision doit être que chaque fois que dans des circonstances semblables, les pères ou enfants auraient été obligés de fournir eux-mêmes ces aliments, les tribunaux doivent accorder la demande en répétition. (1)

CHAPITRE SIXIÈME.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

ARTICLE 173.

Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance.

ARTICLE 174.

Le mari doit protection à sa femme ; la femme obéissance à son mari.

ARTICLE 175.

La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il jugera à propos de résider. Le mari est obligé de la recevoir et lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

SOMMAIRE.

441. Transition. Enumération des devoirs mutuels des époux mentionnés aux articles 173 et 174.

442. L'obligation de la femme d'habiter avec son mari est de l'essence de la société conjugale. *Individuæ vitæ consueludo.* Exception à cet égard tirée de la résidence du mari en pays étranger.

442 *bis*. Cette exception n'est pas reçue aujourd'hui.

(1) Demolombe, Nos. 55 et 77.

443. Les voies de droit ouvertes au mari pour forcer sa femme à habiter avec lui sont d'une nature mixte, c'est-à-dire civile et criminelle. Quelles sont ces voies ?—La demande en adhésion.

443 *bis*. Emploi de la force publique. Moyens que la femme pourrait opposer à la demande en adhésion.

444. La voie extraordinaire de l'*habeas corpus*. Comme conséquence de son pouvoir de retenir sa femme au domicile conjugal, le mari est tenu de lui fournir une demeure convenable et de pourvoir à sa subsistance.

445. L'étendue de cette obligation est proportionnée à la fortune du mari.

446. Examen de ce principe.

447. Contribution des biens de la femme aux charges de la vie conjugale.

COMMENTAIRE.

441. Après avoir énoncé la partie des obligations qui naissent du mariage entre les époux et leurs enfants et réciproquement, le Code énumère ici les droits et devoirs respectifs des époux entre eux. Les deux articles ci-haut semblent au premier abord, plutôt contenir des devoirs moraux que des principes légaux. Cependant nous allons voir que le Code les a sanctionnés par des contraintes légales ; du moins ce n'est qu'à ce point de vue que nous les examinerons.

Les époux se doivent fidélité. La violation de ce devoir constitue l'adultère qui donne, dans tous les cas, le droit au mari de demander contre sa femme, la séparation de corps et d'habitation (art. 187) et la déchéance de ses gains matrimoniaux, (art. 208).

La femme peut obtenir par la même voie, le redressement de ce grief, contre son mari, quand il tient sa concubine dans a maison commune, (art. 188).

Ils se doivent secours et assistance. Pendant la vie commune, ils se doivent mutuellement des aliments et cette obligation continue à subsister après la séparation de corps, (art. 213).

Le mari doit protection à sa femme. La femme ne peut ester en jugement ni contracter sans l'autorisation de son mari, (arts. 176 et 177). Le mari est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état, (art. 175).

La femme doit obéissance à son mari. La femme est obligée d'habiter avec le mari (même article). La sanction accordée aux obligations couchées dans les articles 173 et 174, est, comme on le voit, fort limitée et s'applique à peu d'objets, bien qu'ils ne soient pas tous énumérés ici ; mais on doit remarquer que ces devoirs sont, par la nature des choses, plutôt écrits dans la conscience que dans la loi et les jugements des tribunaux civils. La justice criminelle vient aussi dans plusieurs cas, demander compte aux époux de leur exécution.

442. Cette obligation de la femme d'habiter avec son mari, dérive de l'essence même de la société conjugale qui ne serait pas l'union indivisible de toute la vie, *individuæ vitæ consuetudo*, si les époux pouvaient vivre séparés l'un de l'autre. Au mari, comme chef, appartient le droit de diriger le gouvernement de cette société d'un ordre tout exceptionnel et qui prime toutes les autres ; et de ce droit ! de commandement, naît celui de choisir le domicile matrimonial et de forcer sa femme à habiter avec lui. Ce droit est reconnu par la loi de tous les pays, et fait partie de la police de toutes les nations.

Les principes de l'ancienne jurisprudence française faisaient à ce droit absolu, une exception que ne contient pas notre Code. Elle déniait au mari le droit d'obliger sa femme à quitter la France, pour aller habiter un pays étranger. C'est à une raison d'Etat, qu'il faut attribuer cette disposition qui déroge au droit commun, et qui n'entre pas dans la police du droit public anglais. Parmi nous, une femme serait sans excuse dans son refus de suivre son mari en pays étranger. Il pourrait exercer les voies de droit pour l'y contraindre.

442 *bis*. Notre article 175 est la reproduction textuelle de l'article 214 du Code Napoléon. A ce dernier article, le projet de la section de législation soumis au Conseil d'Etat, contenait l'ajouté suivant : " Si le mari veut quitter le sol de la " République, il ne pourra contraindre sa femme à le suivre, " si ce n'est dans le cas où il serait chargé, par le gouverne- " ment, d'une mission à l'étranger, exigeant résidence."

Les tribunaux avaient demandé la suppression de ces mots, et le Conseil d'Etat a adopté leur suggestion, sur le principe

qu'ils contenaient une exception non-justifiable à la règle commandant à la femme de suivre son mari dans tous les lieux où il jugerait à propos de résider.

Sur la discussion soulevée sur cette exception, *M. Regnault* (de Saint-Jean-d'Angely), disait, qu'un français peut être appelé dans les colonies par ses affaires ; qu'alors il doit lui être permis de forcer sa femme à le suivre, parce qu'il peut voir des inconvénients à la laisser éloignée de lui.

Le *Premier Consul* pensait que l'obligation où est la femme de suivre son mari est générale et absolue.

M. Emmery disait, que cependant cette obligation ne doit pas aller jusqu'à suivre son mari à l'étranger.

M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angely) répondait, que sans doute, le mari n'a pas le droit de faire de sa femme une étrangère ; mais que cependant, il ne doit pas être forcé de s'en séparer lorsque ses affaires le conduisent hors du territoire français.

Le *Premier Consul* persistait dans son sentiment que l'obligation de la femme ne doit recevoir aucune modification, et que la femme est obligée de suivre son mari toutes les fois qu'il l'exige.

Cette opinion a été adoptée et a prévalu dans la rédaction de l'article 214 qui a passé sans modification.

Fenet. Travaux préparatoires. Discussion, tome 9, page 73.

Demante I. No. 297, *bis* I, page 419 · " L'obligation pour la " femme de suivre son mari s'applique au cas même où celui-" ci voudrait s'établir en pays étranger. Cette proposition con-" traire à la doctrine de Pothier (Traité de la puissance du " mari, No. 1), ne résulte pas de la généralité des termes de la " loi, elle a été formellement admise par le Conseil d'Etat qui " rejeta en conséquence l'exception proposée par la section de " législation."

443. Les voies de droit ouvertes au mari pour forcer sa femme à habiter avec lui, sont d'une nature civile et criminelle. Le recours civil s'exerce par une demande dite techniquement, action en *adhésion*, laquelle est d'ailleurs com-

mune à la femme et au mari, et le recours criminel s'exerce par *l'habeas corpus.*

On appelle demande en *adhésion*, l'action du mari contre la femme pour l'obliger à venir habiter avec lui et y vivre maritalement, et réciproquement la demande de la femme contre le mari pour le forcer à la recevoir sous le toit conjugal, et lui fournir les choses nécessaires à sa subsistance. Cette action peu fréquente en France sous l'ancien droit, (1) paraît inconnue techniquement dans le nouveau et jusqu'à ce jour a été inusitée parmi nous. Elle existe cependant théoriquement, en faveur de l'un et de l'autre des époux, mais non avec les mêmes conséquences dans les deux cas. Le mari en offrant une résidence à sa femme peut la contraindre par corps, à venir y vivre avec lui ; car tel pourrait être le mode d'exécution du jugement. Il n'en serait pas ainsi en faveur de la femme qui pourrait, tout au plus, obtenir des condamnations pécuniaires contre son mari, pour le forcer à remplir ses obligations.

Il ne s'agit pas ici, comme bien on le doit penser, de la faculté donnée au mari, de faire emprisonner sa femme à son domicile, ou de l'y retenir en chartre privée. La dignité de la loi et l'honnêteté publique s'opposeraient à ces actes révoltants de brutalité. Il s'agit tout simplement du droit qu'ont les tribunaux civils d'ordonner l'exécution par contrainte par corps, *manû militari*, de leur jugement condamnant la femme à retourner au domicile du mari, c'est-à-dire de l'y faire réintégrer par le shérif, en cas de refus non justifiable de s'y rendre.

443 *bis.* Demante, No. 297 *bis* III : " Quant à l'emploi de la " force publique pour la conduire (la femme) au domicile con- " jugal, c'est là un moyen violent peu en harmonie avec les " principes de l'union conjugale, et qui le plus souvent, d'ail- " leurs, serait inefficace, puisqu'il n'empêcherait pas la femme " de s'en aller de nouveau. A ces considérations, pour exclure " l'emploi de ce moyen, on ajoute que ce serait là une con- " trainte par corps ; or, la contrainte par corps ne peut être " appliquée hors les cas prévus par la loi (Vo. art. 2063)."

(1) Vo. Merlin Rep. Vo. Adhésion. Même mot, Nouveau Denizart.

" Toutefois, ces raisons ne me paraissent pas déterminantes " pour proscrire absolument et indistinctement l'emploi de ce " moyen rigoureux. Sans doute, le mari ne peut y recourir de " sa propre autorité sans l'intervention de la justice. Je vais " plus loin, et je dis que le jugement qui ordonne de réinté- " grer le domicile, ne suffit pas pour le légitimer ; mais je " crois que les juges pourraient, en connaissance de cause, " l'autoriser par une disposition formelle : car il faut bien qu'il " existe quelque moyen d'action pour autoriser l'exécution " d'une obligation imposée par la loi ; et la mesure en ques- " tion, qui peut quelquefois être utile, me parait comprise " dans les pouvoirs qu'ont les tribunaux de tracer le mode " d'exécution de leurs jugements quand la loi, comme ici, ne " ne l'a pas tracé. C'est d'ailleurs, abuser des mots que d'ap- " peler cette mesure contrainte par corps, et l'article 2063 est " ici sans application." (Cassation, rej. 9 août 1826). (1)

La femme pourrait opposer à la demande en adhésion du mari, de légitimes moyens d'exception. Un mari, par exemple, qui ne voudrait pas procurer à sa femme une demeure convenable, proportionnée à ses facultés et à son état, qui la maltraiterait, qui lui refuserait des aliments, qui se livrerait, au domicile conjugal, à des actes d'immoralité, qui y tiendrait des femmes de conduite suspecte ou y garderait une concubine, ne pourrait forcer sa femme à aller demeurer avec lui. Bien plus, cette conduite du mari ouvrirait à la femme des moyens de séparation de corps.

Quelques commentateurs français, (Demolombe, Nos. 105 et suivants, Marcadé, 726, Demante, même No. 297 *bis* ; Duranton, 438 et 439, (Ducaurroy, Bonnier et Rostaing, t. I, No. 367, *contrà*), suggèrent, comme moyen de contrainte contre la femme, la faculté au mari de faire saisir les revenus de ses biens propres et d'en jouir jusqu'à ce qu'il ait vaincu sa résistance. Nous ne pouvons approuver cette voie qui nous paraît toute arbi-

(1) Boilleux, sur l'article 214. I page 518. Pothier, No. 383 ; Favard, Vo. Femme, No. III ; Vazeille, Nos. 291 et suiv. ; Toullier, No. 109 ; Valette, sur Proudhon, tome I, page 453, note *a* ; Demolombe, No. 107 ; 6 janvier 1829, D, 93 ; 9 août 1825, s. 1. 88.

traire et non autorisée par le texte ou la raison de la loi. Cependant, comme le refus de la femme donnerait ouverture à l'action en dommages du mari, ce dernier pourrait se pourvoir à cet effet, et en exécution du jugement faire saisir les biens, du moins les revenus des biens de la femme. Tous les auteurs paraissent d'accord sur ce point.

444. La voie extraordinaire du bref d'*habeas corpus*, est ouverte au mari contre ceux qui détiendraient la personne de sa femme ou lui accorderaient refuge, pour la soustraire à ses réclamations. La procédure sur ce bref est étrangère à ce traité. Qu'il suffise de dire que ce bref offre un recours d'une grande utilité, pour sauvegarder l'exécution du présent article, et assurer le retour de la femme au domicile conjugal, en rendant impossible toute combinaison avec des tiers, et en lui enlevant la protection d'un toit étranger pour abriter sa désobéissance.

De son côté et comme conséquence de son droit de garder sa femme au domicile conjugal, le mari est tenu de l'y recevoir, c'est-à-dire de lui procurer une résidence et de pourvoir à sa subsistance. Il est bien entendu que cette obligation n'existe qu'en autant que la femme n'y met pas obstacle, en se dérobant à l'autorité du mari. Aussi ce dernier n'est-il pas tenu de fournir d'aliments à sa femme hors de chez lui, et il en est ainsi des autres choses nécessaires à sa subsistance. Ainsi un tiers qui, dans de semblables circonstances, ferait vivre la femme, serait sans recours en répétition contre le mari.

445. Pour ce qui est de l'étendue de l'obligation du mari, de pourvoir à la subsistance de sa femme, l'article la proportionne aux facultés et à l'état du mari. Les tribunaux sont appréciateurs souverains du rapport du traitement avec les moyens et la condition du mari. Nous verrons sur l'article 191, que le refus du mari de remplir cette obligation constitue en faveur de sa femme, une cause de séparation. Cependant, la femme qui ne voudrait pas recourir à ce moyen extrême, ne serait pas empêchée de poursuivre son mari pour le forcer à la recevoir et à pourvoir à sa subsistance, comme nous l'avons déjà vu. Nous avons aussi dit que la femme n'a pas

contre le mari, comme ce dernier l'a contre elle, de voie directe pour la contraindre *précisément.* En ce cas, les tribunaux pourraient l'y forcer, par une condamnation à des dommages envers la femme, absolus ou comminatoires, c'est-à-dire, en ce dernier cas, sous l'alternative de recevoir sa femme et de pourvoir à sa subsistance, ou de fixer une pension alimentaire en faveur de la femme, avec indication d'un endroit particulier où elle devra habiter et qu'elle ne pourrait changer sans la permission du tribunal. (Art. 203).

Cet article 175, en mettant à la charge du mari, l'entretien de la femme, décide plusieurs points qui sont d'un usage fréquent devant les tribunaux.

446. Nous avons représenté plus haut le mariage comme la société par excellence, le type sous lequel se sont formées toutes les autres sociétés, quoiqu'en différant par des caractères essentiels. Dans la société conjugale, le principe commun toutes les sociétés, qui est d'en partager les charges et les avantages, les droits et les obligations entre les associés, a lieu sans doute, mais avec des inégalités, dont la principale consiste à faire supporter par le mari, les frais de la vie commune. Il résulte de ce principe, que tant que le mari a des biens suffisants, ceux de la femme leur fussent-ils supérieurs en valeur, le mari est tenu seul de sa subsistance. (1) Cette règle fondamentale, reçoit cependant une exception de l'insolvabilité du mari, c'est-à-dire, qu'après absorption des biens de ce dernier, la femme est subsidiairement tenue de contribuer sur les siens, non-seulement à sa propre subsistance, mais encore à celle du mari. Cette exception ne se trouve pas écrite dans l'article 175, mais elle l'est dans la raison et les principes sur la matière, et surtout dans l'article 213 qui porte : " que si l'un des époux séparés de corps n'a pas de " biens suffisants pour sa subsistance, il peut faire condam- " ner l'autre à lui payer une pension alimentaire qui est ré- " glée par le tribunal, d'après l'état, les facultés et autres " circonstances des parties." Si la femme séparée de corps

(1) Excepté toutefois le cas de séparation de biens où la contribution aux charges du mariage se fait suivant l'article 1423.

doit soutenir son mari dans l'indigence, à plus forte raison celle qui n'est pas séparée y est-elle tenue.

447. Pour que cette contribution sur les biens de la femme ait lieu, il n'importe pas que les époux soient communs ou non communs en biens. Sous chacun de ces régimes, elle est théoriquement la même ; seulement qu'en pratique elle s'applique différemment. Si les époux sont communs en biens, le prélèvement doit se faire d'abord, sur les biens de la communauté, dans laquelle entrent les revenus de tous les biens des époux, ensuite sur les biens propres du mari, et ce n'est que subsidiairement, que ceux de la femme peuvent être attaqués. S'il y a simple exclusion de communauté, les charges du mariage sont prises sur les revenus des biens du mari et sur ceux de la femme qui sont attribués au mari pour cet objet (art. 1416). S'il y a séparation de biens, le tribunal (1) fait supporter contributoirement les biens des époux aux charges du mariage, d'après leurs facultés et circonstances respectives (art. 1423). Ces différences d'application ne font cependant pas obstacle au principe de l'article 175 qui oblige le mari à subvenir à la femme, ni à l'exception qu'il contient implicitement, et qui oblige la femme ayant des biens, au même devoir envers son mari dans l'indigence. Les modifications que ces distinctions apportent au principe, dépendent des circonstances et de la prudence des tribunaux qui, en thèse générale, ne font peser les charges du mariage, comprenant la subsistance de la femme, sur les biens de cette dernière, qu'en cas d'insuffisance de ceux du mari. (2)

Comme corollaire de cette règle, il s'ensuit, que les créanciers pour les aliments et l'entretien de la femme et de la famille, devront d'abord s'adresser au mari et que ce n'est qu'en cas de l'insolvabilité de ce dernier, qu'ils peuvent se venger subsidiairement sur les biens de la femme.

ARTICLE 176.

La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, quand même, elle

(1) En l'absence de conventions matrimoniales à cet égard.

(2) Le cas de la séparation toujours excepté.

serait non commune ou marchande publique. Celle qui est séparée de biens ne le peut faire non plus, si ce n'est dans les cas où il s'agit de simple administration.

ARTICLE 177.

La femme, même non commune, ne peut donner ou accepter, aliéner ou disposer entrevifs, ni autrement contracter ni s'obliger, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit, sauf les dispositions contenues dans l'acte de la 25 Vict. chap. 66.

Si cependant elle est séparée de biens, elle peut faire seule tous les actes et contrats qui concernent l'administration de ses biens.

ARTICLE 178.

Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement ou à passer un acte, le juge peut donner l'autorisation.

ARTICLE 179.

La femme si elle est marchande publique, peut sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation expresse ou présumée.

SOMMAIRE.

448. Ces trois articles remplacent dans le Code, les articles 223, 224 et 234 de la Coutume de Paris.

449. Rapprochement des principes de la Coutume de Paris, du Code Napoléon et du Code Canadien sur le sujet. Nécessité de l'autorisation maritale.

450. L'autorisation du mari est de la substance de l'obligation de la femme. Citations. Cette autorisation fait partie de la solennité du contrat.

451. Sous l'ancien droit, la présence du mari et la signature à l'acte étaient insuffisants pour valider l'engagement de la femme.
452. Justification de ce formalisme par les auteurs de l'ancien droit.
453. La ratification faite par le mari de l'engagement de la femme non autorisée ne produisait pas d'effet rétroactif.
454. Arrêts. Premier arrêt rendu sur l'appel de la Dame Marie-Anne-Julie Hertel de Rouville, veuve de Salaberry.
455. Second arrêt. Métrisé *et al*, Appelants et Brault, Intimé.
456. Troisième Arrêt. Laviolette, Appelant et Martin, Intimé.
457. Discussion de ce troisième arrêt.
458. La nécessité de l'autorisation maritale s'applique aussi bien aux contrats judiciaires qu'aux contrats extra-judiciaires de la femme.
459. Le Code Napoléon a apporté une dérogation à l'ancien droit, en dispensant de la mention de l'autorisation par l'emploi de ce terme lui-même, et en faisant résulter cette autorisation de la présence du mari à l'engagement de la femme.
460. Application qualifiée de ce principe à notre Code. Discussion.
461. Suite de cette discussion.
462. Suite.
463. La femme séparée de biens peut s'obliger pour l'administration de ses biens sans le consentement de son mari.
464. La femme marchande publique le peut aussi.
465. Effets de cet engagement de la femme marchande publique sans le consentement de son mari.
466. La femme autorisée par justice peut aussi s'engager sans l'autorisation de son mari.
467. L'autorisation de la justice s'applique aussi bien aux actes judiciaires qu'extra-judiciaires de la femme.
468. Suites et effets de l'autorisation maritale ou judiciaire.
469. Responsabilité du mari en conséquence de l'autorisation par lui donnée à sa femme.

COMMENTAIRE.

448. Ces trois articles remplacent dans le Code, les articles 223, 224 et 234 de la Coutume de Paris.

L'article 223 de la Coutume était ainsi conçu : " La femme " mariée ne peut vendre, aliéner hypothéquer ses héritages " sans l'autorité et consentement exprès de son mari. *Et si* " *elle fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de son* " *dit mary, tel contrat est nul, tant pour le regard d'elle, que de* " *son dit mary, et n'en peut être poursuivie, ni ses héritiers après* " *le décès de son dit mary.*"

Article 224. Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mary, si elle n'est *autorisée ou séparée par justice et la dite séparation exécutée.*

Article 234. Une femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement de son mary, si elle n'est séparée *par effet*, ou marchande publique, auquel cas, elle s'oblige et *son mary*, touchant le fait et dépendance de la dite marchandise publique.

Il convient de mettre en regard de ces articles du Code Canadien et de la Coutume, les articles 215, 217 et 220 correspondants du Code Napoléon.

C. N. art. 215. " La femme ne peut ester en jugement sans " l'autorisation de son mari, quand même elle serait mar- " chande publique, ou non commune ou séparée de biens."

Art. 217. " La femme même non commune ou séparée de " biens ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à " titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari, dans " l'acte ou son consentement par écrit."

Art. 220. " La femme, si elle est marchande publique peut, " sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui con- " cerne son négoce ; et, au dit cas, elle oblige son mari s'il y " a communauté entre eux.

" Elle n'est reputée marchande publique, si elle ne fait que " détailler les marchandises du commerce de son mari, mais " seulement quand elle fait un commerce séparé."

449. Pour saisir le sens de nos articles, il faut d'abord retracer les principes de la jurisprudence ancienne sous la Coutume. Nous exposerons ensuite, les dérogations, apportées à cette Coutume, par le Code Napoléon, pour nous mettre par là, en état de voir en quoi notre Code a adopté les dispositions de l'un et l'autre des deux droits et en quoi il y a dérogé.

L'article 986 du Code Canadien conforme à l'ancien droit porte que " les femmes mariées sont incapables de contracter, " excepté dans les cas spécifiés par la loi." L'incapacité de s'obliger de la part de la femme sous puissance de mari, est donc la règle générale, et la capacité est l'exception. Aussi

avons-nous vu les articles 223 et 224 de la Coutume couchés en termes négatifs. La première exception apportée à cette incapacité générale, est l'autorisation du mari. De là, la première modification à la règle, qui peut s'exprimer ainsi. " La " femme mariée peut s'obliger avec l'autorisation de son mari, " et sans cette autorisation elle est incapable de contracter au- " cun engagement." L'autorisation maritale consiste dans le pouvoir ou la permission donnée par le mari à sa femme de contracter.

L'incapacité de la femme diffère de l'incapacité de plusieurs autres personnes, qui sont sous la puissance d'autrui, *alieni juris*, du mineur ou de l'interdit pour cause de prodigalité par exemple, qui peuvent s'obliger valablement, chaque fois que par leur engagement, ils améliorent leur condition, c'est-à-dire que la nullité de l'engagement du mineur et de l'interdit n'est que relative, pendant que celle de la femme non autorisée de son mari, est absolue. L'autorisation du mari est donc de la substance du contrat de la femme.

" Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari, " dit Pothier, n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison ; car " une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles " et les veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation."

" La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée " que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa " femme, qui ne permet à sa femme de rien faire que dépen- " damment de lui."

" Il suit de ces principes, que l'autorisation du mari est très " différente de l'autorité d'un tuteur, dont le mineur qui est " sous puissance de tuteur a besoin. Celle-ci n'est requise " uniquement, qu'en faveur du mineur, pour empêcher qu'il " ne soit surpris, et qu'il ne contracte quelque engagement " préjudiciable à ses intérêts ; c'est pourquoi le défaut de cette " autorisation ne peut être opposé que par le mineur, ou par " ceux qui sont à ses droits et qui le représentent. Lorsque " le mineur juge que le contrat qu'il a fait sans l'autorisation " de son tuteur lui est avantageux, il peut en poursuivre l'ex- " écution sans que ceux avec lesquels il a contracté puissent

" lui opposer le défaut de l'autorisation de son tuteur qui " n'est pas intéressé au contrat : *Placuit* (dit Justinien, au titre " des Institutes *Auctor. tut.*) *meliorem quidem conditionem licere* " *eis* (*pupillis*) *facere etiam sine tutoris auctoritate*, *deteriorem* " *vero non aliter quam cum tutoris auctoritate*, *unde ex quibus* " *obligationes mutuæ nascuntur*, *ut in emptionibus*, *venditionibus*, " *etc.*, *si tutoris auctoritas interveniat*, *ipsi quidam qui cum his* " (*pulpillis*) *contrahunt*, *obligantur ; at invicem pupilli non obli-* " *gantur.*"

" Au contraire, l'autorisation du mari, dont la femme a " besoin, n'étant pas requise en faveur de la femme mais du " mari, pour maintenir la puissance qu'il a sur sa femme, il " n'importe pour la nullité d'un contrat et autres actes que la " femme fait sans être autorisée de son mari, que ces actes " soient avantageux on désavantageux à la femme. C'est ce " qui résulte des termes employés par les Coutumes : *Femme* " *mariée ne peut* AUCUNEMENT CONTRACTER. L'Ordonnance de " 1731 reconnait et suppose ce principe, car, quoique l'accep- " tation que fait une femme mariée, d'une donation pure et " simple qui lui est faite, ne puisse que lui être avantageuse, " néanmoins cette Ordonnance décide, art. 9, que cette accep- " tation est nulle si la femme n'est autorisée de son mari pour " le faire."

V. Pothier. Puissance du mari, 1ère partie, sec. 1, Nos. 2 et 3.

Lebrun, Communauté, sec. 2, chap. 1, Nos. 3 et 4, fait une application différente de l'autorité de Justinien ci-haut citée, faisant de l'engagement du mineur sans l'autorité du tuteur une obligation non absolue mais seulement relative aux intérêts du pupille, et attribue ce caractère de nullité relative à l'engagement de la femme mariée non autorisée de son mari. Voici les paroles mêmes de cet auteur :

" Il faut dire nonobstant cela, (il vient de donner des raisons " contraires à la validité de l'engagement de la femme) qu'une " femme mariée, aussi bien qu'un mineur, selon la loi *Con-* " *trà*, 28 § *de pact.* peut sans autorisation accepter une dona- " tion pure et simple, parce qu'elle n'en peut souffrir aucun " préjudice, et qu'à toute extrémité il lui est toujours permis

" d'y renoncer pour les charges imprévues même pour celles
" dont il vient d'être parlé, quand elles ne sont point expri-
" mées dans la donation. Il y a des exemples dans le Droit
" qui autorisent cette décision ; car quoiqu'une femme ne
" puisse pas aliéner sa dot, même avec le consentement de son
" mari, on lui permet de le faire quand la chose lui est avanta-
" geuse. *L. ult.* § *de jure dotium ;* comme on permet au pu-
" pille de s'obliger et de vendre sans le consentement de son
" tuteur quand il en devient plus riche *L. pupillus* § *de auct*
" *tut.* on a jugé que la sentence rendue au profit du mineur,
" non assisté de tuteur, ni de curateur, est valable, afin que
" ce qui est établi en faveur des mineurs ne tourne pas à leur
" préjudice ; de même que l'on permet aux prodigues de stipu-
" ler à leur avantage, *L. is qui bonis,* § *de Verl. oblig.* En un
" mot on doit dire des femmes, quant à l'autorisation, ce que
" Justinien dit des mineurs.

La conséquence de cette opinion de Lebrun serait que la nullité provenant du défaut d'autorisation maritale serait une nullité relative et non absolue, ce qui est contre l'opinion de presque tous les bons auteurs sous l'ancien droit et contraire à la jurisprudence antérieure au Code Napoléon.

L'article 9 de l'Ordonnance de 1735 qui annule toute donation faite à une femme non-autorisée par son mari ou par justice, à son défaut, serait seul suffisant pour combattre l'opinion de Lebrun, que repoussent à la fois les arrêts et la doctrine. Si la nullité est relative, la femme ne pourra l'invoquer. Or, il existe dans le sens contraire, 1o. un arrêt du Parlement de Dijon du 31 janvier 1577, rapporté par Bouvot, tom. 2, part. 3, art. *Transaction*, quest. 4 ; 2o. un autre arrêt de la même Cour, du 11 février 1618 ; 3o. une sentence du bailliage de Lille, rendue en 1632, au profit des héritiers d'une femme qui avait donné une maison à bail sans être autorisée de son mari ; 4o. un arrêt du Conseil Souverain de Brabant, du mois de septembre 1650 ; 5o. un troisième arrêt du Parlement de Dijon, qui a été conservé par le président Bouhier, chap. 19, No. 41. Nous pouvons ajouter à ces autorités la disposition des Coutumes de Paris, de Sens, de Poitou, et de plusieurs

autres, qui déclarent les obligations contractées par la femme non-autorisée, nulles, *tant pour le regard d'elle que de son mari.* (Merlin, Rep. Vo. autorisation maritale, tom. 1). Voir la section III de cet article intitulée : *La nullité qui résulte du défaut d'autorisation est-elle absolue ou seulement relative* ? laquelle question l'auteur résoud dans le sens de la nullité absolue. " Telle est en effet, dit-il en conclusion, la maxime qui forme " aujourd'hui notre droit commun ; et elle est si constante, " si absolue, que la femme elle-même ne peut pas se préva- " loir des actes qu'elle a faits sans autorisation, *quoiqu'ils lui* " *soient avantageux !* "

(Domat. Liv. I, Tit. I, sec. V. Ferrière, Grand Coutumier, sur l'article 223, 3 vol. page 259, No. 49. Duplessis, Communauté, tom. I, liv. I, page 282. Loyseau, du Déguerpissement, liv. 2, chap. 4.)

Le Nouveau Denizart, Vo. autorisation maritale, termine comme suit, un assez long article où la question de la nullité relative ou absolue est discutée : " L'objet que nous nous " sommes proposé n'est pas de concilier ces différents senti- " ments, ni les conséquences que chacun en a tirées. Ainsi, " sans considérer quel peut être le motif qui a fait établir la " nécessité de l'autorisation, il nous suffit qu'elle soit pres- " crite, à peine de nullité, pour en conclure que dans les pays " coutumiers, et même en plusieurs provinces de droit écrit, " les femmes mariées sont dans l'impuissance de *contracter un* " *engagement quelconque*, sans y être autorisées par leurs maris ; " et que par conséquent les engagements qu'elles contrac- " tent contre la défense de la loi sont frappées de nullité " radicale. Ce ne sera pas si l'on veut, en vertu de la " puissance maritale. L'incapacité ne sera pas telle qu'était " parmi les Romains, celle des esclaves. Mais on doit conve- " nir que cette incapacité est différente de celle des mineurs. " Ceux-ci n'ont point en eux-mêmes d'incapacité qui les em- " pêche de contracter ou de s'obliger. La loi ne déclare pas " leurs engagements nuls de plein droit : elle leur ouvre la " voie de la rescision pour les faire anéantir lorsqu'ils leur " sont préjudiciables : mais s'ils n'ont éprouvé aucune perte,

" ou si après leur majorité, ils ont laissé passer un certain
" temps sans se plaindre, la justice ne les écoute plus."

" Il n'en est pas de même à l'égard des femmes. Leur inca-
" pacité est plus entière que celle des mineurs, puisqu'on n'a
" pas besoin de lettres de rescision pour faire anéantir leurs
" engagements et qu'ils portent avec eux un caractère de nul-
" lité qui ne peut se couvrir."

450. Nous avons dit que l'autorisation du mari est de la substance du contrat de la femme. Elle fait aussi partie de sa solennité. Pour contracter valablement, il faut non-seulement avoir la capacité de faire le contrat, mais encore il faut le faire de la manière voulue, c'est-à-dire dans les formes ordonnées par la loi. Ces formes consistent quelquefois dans des solennités de paroles, appelées *sacramentelles*, qui seules, peuvent donner existence au contrat, et dont l'absence, dans l'acte ou écrit fait pour le constater, l'empêche de se former. Un acte ou écrit revêtu de la forme authentique, peut seul faire preuve d'une donation entre-vifs de biens immobiliers, (art. 776) ; de la même manière, tout acte ou écrit contenant l'engagement d'une femme mariée, et qui ne mentionne pas que la femme est *autorisée de son mari*, est impuissant à constater légalement l'engagement de la femme. Ce mot *autorisée* ne reçoit pas d'équivalent. En d'autres mots, pour faire un acte quelconque, et le mot acte est ici pris dans le double sens de contrat et d'écrit, la femme mariée doit y être autorisée par son mari, et il faut que cette autorisation soit expresse et spéciale dans chaque contrat.

Pothier, Puissance du mari, Nos. 68 et 69 : " Pour que le
" mari soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas
" qu'il ait déclaré par le contrat qu'il y donnait son consente-
" ment, et qu'il l'approuvait, car comme nous l'avons déjà vu,
" l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consente-
" ment ; c'est un acte par lequel il habilite sa femme à faire
" le contrat. Il est donc nécessaire qu'il déclare qu'il *autorise*
" sa femme. Ce terme est comme sacramentel et je ne vois
" que celui d'*habiliter*, qui puisse paraître équivalent.

" Sans cela le consentement formel donné par le mari au

" contrat de sa femme, n'empêcherait pas le contrat d'être " parfaitement nul faute d'autorisation."

" Il faut dire la même chose à plus forte raison du consen- " tement *tacite :* c'est pourquoi quoique le mari ait souscrit au contrat de sa femme, s'il n'a pas dit expressément qu'il " *autorisait sa femme*, le contrat sera nul.

" Pareillement quoique le mari ait été, conjointement avec " sa femme, partie au contrat, et se soit obligé conjointement " avec elle, s'il n'est pas dit qu'il a *autorisé sa femme*, le con- " trat ne sera valable qu'à l'égard du mari."

Lebrun lui-même, que nous avons vu ci-haut, partisan de la nullité relative naissant du défaut d'autorisation de l'acte de la femme par le mari, se déclare en faveur de l'autorisation expresse comme solennité du contrat ce qui ne parait guère d'accord avec sa première opinion.

Communauté, liv. I, chap. I, sec. 4, No. 11 et suivants : " On " demande à ce propos si le mot d'*autorité* ou d'*autorisation* " est nécessaire dans les contrats de la femme mariée ; ou " s'il suffit que l'autorisation soit en substance ; la loi n'éta- " blissant pas en pareil cas, de terme fatal. Au contraire, la " loi 3, § *de autor. Tut.* dit : *Valet autoritas Tutoris eam se* " *probare dicit quod agitur : hoc est enim autorem fieri.* V. Guy " Pape, décision 223 ; mais de quelques termes que le mari " se serve, il faut que l'autorisation soit formelle, comme il " est dit dans *la loi* 7, § *de Donation*, qu'un fils de famille ne " peut pas donner pour cause de mort : *Nisi specialiter donare* " *mortis causâ fuerit permissum.* Car le simple consentement " du mari ne regarde que son intérêt ; mais c'est son autori- " sation qui rend sa femme capable de contracter."

Plus loin : " Il faut distinguer la volonté, le consentement " et l'autorisation : régulièrement pour le consentement, il " faut un acte exprès, ou que celui qui doit consentir soit par- " tie ; mais pour l'autorisation, il faut une approbation précise " et formelle."

L'auteur cite ensuite plusieurs docteurs à l'appui de son opinion, et entre autres Tiraqueau et Pontanus.

Le même Lebrun, va encore beaucoup plus loin et à la

page 161 il affirme : " Que la femme qui s'oblige sans l'auto-
" risation expresse de son mari ne contracte pas même une
" obligation naturelle."

(Voyez Ricard, Donations, Partie I, chap. 3, sec. 5, No. 291. Le Prêtre, Cent. 2, chap. 16. Ancien Denizart, Vo. Autorisation, No. 9. Ferrière, Grand Coutumier, Glose première sur l'article 223, *passim.*)

Autoritas, dit Chassanée, sur la Coutume de Bourgogne, Titre des *Droits appartenant à gens mariés*, (*Verbo*, *si le consentement*), *quæ debet interponi à marito*, *debet formaliter inscribi in contractu per verbum*, AUTORISO.

" Le mary, dit Ferrière, *loco citato*, doit déclarer en termes
" exprès, qu'il autorise sa femme à l'effet et pour la validité
" du présent acte, de sorte que l'autorité tacite résultante de
" quelque fait, qui induirait le consentement du mary, ne
" suffirait pas pour rendre valable le contrat par lequel la
" femme se serait obligée ou aurait hypothéqué ses biens
" comme si le mary avait été dénommé dans le contrat ou y
" avait signé."

451. La présence du mari et la signature à l'acte étaient, nous venons de le voir, insuffisantes pour valider l'engagement de la femme. Cette présence actuelle du mari n'était pas d'un autre côté, rigoureusement nécessaire à l'acte de la femme. Il pouvait donner procuration à un tiers pour le représenter à cet acte où à la femme elle-même pour le passer ; mais il fallait dans les deux cas, que la procuration contînt une mention expresse de l'autorisation, et que cette autorisation expresse et spéciale fut répétée dans l'acte.

Cette rigueur de forme pouvait passer pour une subtilité. Elle était cependant justifiée par la crainte, qu'en employant des équivalents et en attribuant aux circonstances et aux actes du mari, antérieurs ou contemporains au contrat de la femme, l'effet d'une autorisation, et en se relâchant graduellement de la rigueur du principe de l'autorisation, on ne fut conduit à exagérer la pensée du mari, et à trouver dans un consentement tacite, une autorisation qu'il n'était pas dans son intention de donner.

452. Les auteurs sus-cités, justifient par le raisonnement, ce formalisme de l'ancien droit, que les juristes contemporains trouvent exagéré. Ils disent : l'autorisation du mari, diffère du consentement qui peut se révéler tacitement, et dont on trouve dans les circonstances et les faits extérieurs à l'acte, une preuve suffisante pour valider le contrat. Le consentement est personnel à celui qui le donne et consiste dans un seul acte de la volonté. L'autorisation bien qu'elle fasse partie du consentement, est cependant plus étendue que lui, en ce qu'elle se rapporte à une autre personne, et que consistant dans la permission donnée par le mari à la femme de contracter, elle doit être l'objet d'une manifestation expresse. D'Argentré a dit sur l'article 427 de la Coutume de Bretagne : *Auctoritas personam habilitat ad contrahendum, consensus interesse respicit.* Pour ne pas laisser de doute sur la nature de l'intention du mari, et sur la persistance de son consentement à l'engagement de sa femme, la loi a voulu que cette autorisation fut explicitement manifestée par des paroles formelles, et la formule choisie a été le terme *autorisée* lui-même.

453. De la nullité radicale de l'acte de la femme non autorisée de fait et de paroles, il résultait naturellement, que toute ratification faite après coup, par la femme régulièrement autorisée par le mari n'avait d'effet, que comme nouveau contrat, et ne remontait pas comme les ratifications le font ordinairement, au jour de l'acte ratifié. La ratification qui, comme l'acte originaire, devait être revêtue de la formule sacramentelle, ne valait pas *ut ex tunc* mais *ut ex nunc.* Il en était de même, de la ratification faite par la femme en viduité. Distinctions fertiles en conséquences, par rapport aux tiers qui, dans l'intervalle, *medio tempore*, avaient contracté valablement avec la femme.

Ces principes ainsi professés par les auteurs qui ont écrit sous l'ancien droit, et reconnus par l'ancienne jurisprudence française, ont reçu la sanction des tribunaux civils du Bas-Canada. Ils ont été en particulier reconnus par trois jugements de la Cour d'Appel, que nous allons parcourir par ordre de dates.

454. Le premier est celui rendu sur l'appel de Dame Marie-

Anne-Julie Hertel de Rouville, veuve en premières noces du fameux Colonel de Salaberry et en secondes noces de John Glen, écuier, contre un jugement qui l'avait condamnée au profit de la banque appelée "Commercial Bank Middland District," en une somme de £47, 2s., montant de l'endossement donné par le même John Glen, comme procureur de sa femme, sous les circonstances suivantes : Augustus Hatt, écuier, le gendre de l'Appelante, étant tombé en faillite, cette dernière s'était, conjointement avec ses enfants nés de son premier mari, le Colonel Alphonse Melchior de Salaberry, obligée par acte reçu à Montréal, le 10 février 1843, devant Guy, notaire, à endosser le billet de Hatt, pour partie de sa composition avec ses créanciers. Madame Glen donna, en conformité de cet acte, une procuration à son second mari, Glen, le 11 mai 1843, devant Bertrand, notaire, pour endosser ce billet, en son nom et pour elle, ce que fit ce dernier. Poursuivie par la banque intimée, elle avait plaidé le défaut d'autorisation par son mari, Glen, pour faire les deux actes. La banque prétendit, qu'étant séparée de biens par contrat de mariage, et ayant reçu par ce contrat une procuration générale de son mari, à l'effet d'administrer ses biens, la Défenderesse n'avait pas besoin, pour faire les deux actes qui n'étaient que des actes d'administration, de l'autorisation de son mari, lequel d'ailleurs l'avait suffisamment autorisée, et avait ratifié les actes, en exécutant la procuration et en endossant le billet.

La Cour de première instance donna gain de cause à la banque, par son jugement du 17 septembre 1845, décidant que la Défenderesse, n'avait pas le droit d'invoquer son défaut d'autorisation, pour donner la procuration en question, et en traitant l'endossement comme un acte d'administration, qu'elle avait le droit de faire, aux termes de son contrat de mariage, et non comme un acte d'aliénation.

La Cour d'Appel, présidée par le juge en chef Sir James Stuart, par arrêt du mois de juillet 1846, infirma ce jugement si contraire aux principes reçus sur la nécessité de l'autorisation expresse, que d'après l'article 223 de laCoutume, la femme

mariée doit recevoir de son mari pour contracter, auquel l'article 134 ne fait exception que pour les actes d'administration de la femme séparée de biens. Or, il était évident dans l'espèce, que l'acte de la femme n'était pas ici un simple acte d'administration, étant une obligation contractée à l'acquit de son gendre, c'est-à-dire une intercession pour un tiers, et sous ce rapport, le jugement de première instance était entaché d'une erreur manifeste.

455. Le second jugement est celui du 5 décembre 1859, rendu par la même cour, sous la présidence du Juge Aylwin, dans la cause de Métrisé *et al.*, Appelants et Brault, Intimé. Le nommé Charles Brion dit Lapierre, avait, par acte du 26 mars 1821, reçu devant Lukin, Notaire, échangé avec Jean Bte. Bergevin, père, un immeuble sur lequel Marguerite Marcoux, femme Brion dit Lapierre, avait une hypothèque pour son douaire et son préciput, contre un autre immeuble situé, comme le premier, en la cité de Montréal. Par acte de ratification écrit au pied de l'acte d'échange, Marguerite Marcoux, épouse de Charles Brion dit Lapierre, journalier, demeurant en la cité de Montréal, *dénommée en l'acte ci-haut et des autres parts*, *duement assistée et d'abondant autorisée à ce présent* (textuels de l'acte de ratification), avait ratifié l'échange. Après la mort de son mari, elle poursuivit hypothécairement l'échangiste Jean Bte. Brion, père, détenteur de l'immeuble par lui reçu en échange de Brion dit Lapierre, invoquant entre autres moyens l'insuffisance de cette autorisation. Bergevin étant mort pendant le procès, Euphrosine Métrisé, sa femme et sa légataire reprit son instance et fut condamnée au profit de Brault, cessionnaire de Marguerite Marcoux et intervenant en son lieu et place, par jugement rendu par le tribunal de première instance, le 18 Novembre 1857, à délaisser l'immeuble ; la ratification étant déclarée invalide par défaut d'autorisation suffisante. La cour d'appel se déterminant par les faits particuliers de la cause, qui font de son jugement, un arrêt de circonstances, trouva l'autorisation suffisante, mais le principe abstrait de la nécessité d'une autorisation expresse et spéciale, de la part du mari, pour chaque

engagement de la femme, fut reconnu en termes non équivoques, par tous les magistrats qui ont participé au jugement et en particulier par le juge Bruneau qui fut l'organe de la Cour et dont on peut voir la longue et savante dissertation aux pages 67 et suivantes du vol. 4 du Juriste, où le procès est rapporté.

Si la question s'était nûment soulevée, sur la valeur de l'autorisation d'une femme mariée, que le Notaire qui fait l'acte, dit *dûment assistée et d'abondant autorisée à ce présent*, sans que comme dans l'espèce actuelle, le mari ratifie expressément ce dire, autrement qu'en signant l'acte de ratification même, écrit au pied de l'acte ratifié, j'avoue que je trouverais le jugement de la cause d'appel sujet à la critique et que je lui préférerais celui de première instance, qui a proclamé l'insuffisance de l'autorisation, mais il y avait dans la cause des circonstances si défavorables à la demande et des motifs d'équité si pressants en faveur de l'appel, que l'on ne peut regretter le jugement qui l'a maintenu. Le principe fut sauvegardé par les juges et c'est là l'essentiel !

456. La troisième cause qui a consacré ce principe, est celle de Laviolette, Appelant et Martin, Intimé, jugée par la cour d'appel sous la présidence du Juge en Chef Sir Louis Hypolite LaFontaine qui a prononcé le jugement, le 8 juin 1861.

Dame Marie Clotilde Pinsonnault, épouse de François Baby, tous deux natifs du Bas-Canada où ils s'étaient mariés et avaient toujours demeuré, était propriétaire à titre de propre, d'un terrain de 750 arpents situé dans la seigneurie de Lasalle, dans le district de Montréal. Le 28 mai 1837, elle hypothéqua ce terrain à la sûreté de trois obligations données aux Sieurs Cameron, Cowie et Dease, dont l'appelant Laviolette devint le cessionnaire. Quelques jours après, Monsieur et Madame Baby allèrent résider à Albany, dans l'Etat de New-York, où ils étaient domiciliés le 13 Décembre 1837, auquel jour, ils vendirent par acte sous seing-privé, étant tous deux présents et parties à l'acte, sans qu'il y fut cependant question d'autorisation par le mari à la femme, les 750 arpents au nommé Orville Clark, qui le 23 janvier 1839, les revendit au nommé

Peter Comstock, duquel Martin acquit partie du terrain, par acte notarié en mars 1841. Martin obtint, le 18 juin 1842, des lettres de ratification de son titre. Poursuivi en la déclaration d'hypothèque par Laviolette, il plaida entre autres moyens, les lettres de ratification. Laviolette lui répondit que cette ratification était sans valeur, attendu que la vente par Madame Pinsonnault à Clarke, était privée de toute validité, à raison du défaut de mention d'autorisation expresse, dans l'acte du 15 Décembre 1837, étant la vente faite à Clarke et partant invoqua la nullité absolue des ventes de Clarke à Comstock et de Comstock à Martin. Postérieurement à l'acquisition de ce dernier, Monsieur et Madame Baby, de retour dans le Bas-Canada avaient par acte reçu le 25 juin 1844, devant Panet, Notaire, à Québec, et faisant mention de l'autorisation de la femme par le mari, ratifié la vente à Clarke et les ventes subséquentes. Laviolette prétendit que ce n'était que de la date de cet acte, que les ventes subséquentes et notamment celle faite à Martin, avaient acquis leur validité, qu'il en était ainsi des lettres de ratification, et que lors de l'acte du 28 juin 1844, qui ne valait qu'à titre de vente nouvelle faite par Monsieur et Madame Baby à Clarke, la première ayant été frappée de nullité absolue, lui Laviolette, avait fait enregistrer son hypothèque. (1)

457. Cette cause, faisait surgir de graves questions de droit international privé, en rapport avec la distinction des statuts. Martin soutenait la validité de la première vente, comme réfléchissant sur les autres, prétendant que, la nécessité de l'autorisation de la femme, est prononcée par un statut personnel, celui qui régit son état et sa capacité, que ce statut est celui du lieu du domicile où le contrat est fait; que dans l'espèce, Madame Baby, étant domiciliée lors de la vente, dans l'Etat de New-York, qui n'exige pas cette autorisation, avait vendu valablement suivant les lois de son domicile; que le statut régissant la validité du contrat, et faisant surgir comme question principale et directe, la capacité de contracter d'une femme mariée, était le statut personnel, en distinction duquel

(1) L'auteur peut rapporter en connaissance de cause, ces trois espèces dans chacune desquelles il a occupé.

le statut de la situation des lieux, c'est-à-dire le statut réel du Bas-Canada, ne se présentait qu'accessoirement et indirectement. Les deux tribunaux ont été d'accord à décider, que c'était le statut personnel qui devait décider le litige, mais ils ont différé sur la localité de ce statut. Le tribunal de pre mière instance a décidé, que la validité du contrat, c'est-à-dire la capacité de la femme à le faire, était régie par les lois de l'Etat de New-York où Madame Pinsonneault avait son domicile lorsqu'elle avait fait l'acte (ces lois régissant alors sa capacité, suivant que nous l'avons vu au tome précédent), a maintenu la validité des ventes dans leurs dates naturelles, confirmé l'effet des lettres de ratification et débouté le demandeur. La Cour d'appel, au contraire, a jugé que le statut personnel était le statut du lieu où elle s'était mariée, et avait d'abord fixé son domicile matrimonial, aux lois duquel son séjour en pays étranger et son domicile subséquent hors de sa patrie, n'avaient pu la soustraire. Adoptant ce point de la question, la Cour a infirmé le jugement de première instance.

Quoiqu'il en soit des questions étrangères à la nécessité de l'autorisation, soulevées dans cette cause de Laviolette et Martin, et de la justesse de la décision même, décision qui est discutée ailleurs, (laquelle avait motivé un conflit d'opinions au sein de la cour dans un premier délibéré et un partage égal d'opinion), les deux tribunaux se sont prononcé affirmativement sur la nécessité de l'autorisation expresse, pour valider les contrats de la femme sous puissance de son mari, et c'est tout ce qu'il importe de constater pour le moment.

458. L'incapacité de la part de la femme de contracter extrajudiciairement, sans l'autorisation de son mari, s'appliquait aussi à ses actes judiciaires, c'est-à-dire que sans cette autorisation, la femme ne pouvait ester en jugement, soit en demandant soit en défendant. Il n'était cependant pas besoin d'une autorisation formelle et la présence du mari au procès la faisait présumer. C'est ce qu'enseignent les auteurs. (1) Cette

(1) Pothier, Puissance du mari, No. 75 : " Il y a cette différence à l'égard " de la forme de l'autorisation, entre les actes judiciaires et les actes extra-

autorisation ne pouvait cependant pas être donnée par un acte séparé et distinct de la procédure. Une femme pouvait donc valablement ester en jugement avec son mari, sans que la procédure contint la mention qu'elle était de lui autorisée, la présence de ce dernier témoignant d'une autorisation suffisante mais elle ne pouvait être partie dans une cause, sans la présence ou la participation de son mari, bien qu'elle en eût reçu le consentement. (1) La permission donnée par le mari à un procureur, d'occuper pour sa femme, est une autorisation suffisante à ce dernier.

La raison de cette différence, entre l'autorisation requise pour la validité des actes judiciaires et celle des actes extra-judiciaires, est que quand la femme agit sous le regard de la justice, les surprises sont moins à redouter, et qu'elle reçoit du juge, défenseur naturel des incapables, une protection suffisante.

459. Le Code Napoléon a apporté une dérogation à l'ancien droit en ce qui touche à la nécessité de l'autorisation formelle,

" judiciaires, que dans ceux-ci, pour qu'une femme soit censée autorisée, " il est nécessaire que le mari aît déclaré en termes formels, *qu'il autori-* " *sait sa femme pour un tel acte.* La présence du mari au contrat ne tient " pas lieu d'autorisation."

" Au contraire, dans les actes judiciaires, il n'est pas nécessaire que le " mari déclare " *qu'il autorise* sa femme pour intenter une telle demande ou " pour défendre à une telle *demande* qui a été intentée contre elle ; " il est " censé suffisamment l'autoriser, lorsqu'il est en qualité dans l'instance " conjointement avec elle. Il suffit, lorsque la femme a une demande à in- " tenter, que l'exploit d'assignation soit donné à la requête du mari et de " la femme ; pareillement, pour que la femme soit censée suffisamment au- " torisée à défendre à une demande, il suffit que, sur l'assignation donnée à " son mari et à elle, son mari et elle constituent conjointement procureur " et que le mari defende conjointement avec elle."

Nouveau Denizart, Vo. Autorisation, § III, No. 5.

(1) Pothier *eodem loco.* " Une seconde différence est, qu'à l'égard des " actes extra-judiciaires, il n'est pas précisément nécessaire que le mari " soit en qualité dans le contrat ; il peut autoriser sa femme par un acte " qui précède le contrat pour lequel il l'autorise ; et il suffit que la femme, " par le contrat, se dise autorisée pour un tel acte. Au contraire, à l'égard " des actes judiciaires, il est nécessaire que le mari dans l'instance, soit en " qualité de mari conjointement avec sa femme."

en faisant résulter (art. 217) l'autorisation du mari de son concours dans l'acte, ou de son consentement par écrit. Notre article 177 a répété cette disposition, par l'adoption textuelle de l'article 217 du Code Français. Sous ce dernier article, les auteurs qui traitent comme inutile, l'autorisation formelle, enseignent que le Code a introduit l'autorisation tacite qui résulte du concours du mari à l'acte, aussi bien que l'autorisation expresse qui résulte d'un écrit. Ils tiennent que cet écrit n'est pas de solennité indispensable, pour donner à l'acte sa validité, comme l'authenticité dans l'acte de donation ; qu'il n'est pas requis comme condition intrinsèque de sa validité, c'est-à-dire qu'il n'est pas de forme substantielle, exigée pour donner existence à l'autorisation, mais qu'il ne constitue qu'un mode d'en faire la preuve. Cependant les juristes les plus accrédités sont d'opinion, que cet écrit qui au dire de tous, peut être sous seing-privé et même consister dans une lettre missive, (1) ne peut être suppléé par une preuve de circonstances (2) ou

(1) Demante, sur l'article 217, No. 300 *bis*. Boilleux, sur le même article, page 532. Marcadé, même article, No. 735. Demolombe, Mariage, vol. 2, page 226.

(2) Marcadé : " Mais l'autorisation tacite ne peut résulter, on le voit, que " du concours du mari. *Toute autre circonstance* de laquelle on peut inférer le consentement du mari serait insignifiante et laisserait subsister la " nécessité d'un consentement écrit. Du reste, un écrit quelconque, une " lettre missive par exemple, serait suffisant."

" Il est inutile d'ajouter qu'il faut un concours prouvant le consentement " du mari. Ainsi, qu'un mari signe un billet et que la femme écrive au-" dessous qu'elle s'oblige au paiement conjointement avec lui, il est clair " que rien ne prouve l'autorisation. Il n'y a même pas concours des époux " dans un tel acte ; il y a deux actes, deux obligations, dont la seconde, " celle de la femme, a pu se former en arrière du mari."

Demolombe, 197 : " Mais est-ce à dire pourtant que l'autorisation tacite " pourrait résulter d'autres faits et circonstances que du concours du mari " dans l'acte ?

" Oui, a-t-on répondu : La forme de l'autorisation, encore une fois, n'a " rien de solennel ; c'est un consentement comme un autre ! et si l'autori-" sation verbale est suffisante, pourquoi l'autorisation tacite résultant de la " conduite personnelle du mari ne suffirait-elle pas ? Si l'article 217 ne " parle que du concours du mari dans l'acte, c'est que cette circonstance " est la seule qui par elle-même soit nécessairement décisive, et à laquelle

par une preuve testimoniale même appuyée d'un commencement de preuve par écrit. (1) Suivant le sentiment unanime, le vœu de la loi qui exige le concours du mari à l'acte, est rempli, quand le mari y devient partie, soit seulement pour autoriser sa femme ou l'assister (le terme sacramentel n'étant jamais nécessaire) soit qu'il prenne part à son contrat. Sa seule présence ou sa seule signature à l'acte, constituerait son

" il fut possible d'attacher d'avance une présomption légale d'autorisation " exclusive de toute preuve contraire ; car tel est certainement l'effet du " concours du mari dans l'acte. Mais ce n'est pas à dire que si le mari a " connu, a toléré, a conseillé même l'acte passé par sa femme, on ne pourra " pas déclarer en fait qu'il lui a donné son autorisation."

" Cette opinion me parait fort serieuse ; et pourtant j'hésite à la suivre, " et je ne puis m'empêcher de croire qu'il serait à la fois plus conforme et " au texte même, et aux intentions de la loi, de ne reconnaître l'autorisation " expresse que dans un consentement par écrit, et l'autorisation tacite *que* " *dans le concours du mari dans l'acte.* Voilà le texte en effet ; et il a pu " vouloir sans solenniser précisément l'autorisation maritale, la soumettre " du moins à un mode de preuve certain et précis, exclusif de tout autre."

Duranton, No. 445 : " Mais lorsque le consentement n'est pas donné par " écrit, il faut du moins le concours du mari dans l'acte, de manière qu'il " n'ait pu ignorer l'engagement de sa femme. C'est d'après ce principe que " par arrêt du 2 février 1810, l'engagement d'une femme qui avait simple- " ment mis au bas d'une lettre de change souscrite par son mari, ces mots : " *pour caution*, a été déclaré nul. C'était en effet un autre acte que celui du " mari, et qui pouvait fort bien avoir été consenti sans son autorisation."

Boilleux : " Si la femme se bornait à mentionner dans un acte, même sur " un effet de commerce, à la suite de la *signature du mari*, qu'elle s'oblige " conjointement avec lui, le concours n'existerait pas ; rien ne prouverait, " en effet, que le mari a entendu donner son consentement ; il y aurait là " deux actes, deux obligations distinctes : l'une valable, l'autre nulle."

L'auteur ajoute : " Le consentement *tacite* résulte *des circonstances*, no- " tamment du concours du mari dans l'acte : mais sa seule présence ne " suffirait pas s'il n'est censé concourir à l'acte que lorsqu'il figure comme " partie ; ce que la loi exige c'est un concours prouvant le consentement."

(1) Sur l'admission du témoignage verbal, Demolombe, Nos. 192 et 193, s'exprime ainsi : " L'autorisation expresse pourrait-elle être verbale ?

" Sur ce point on a enseigné l'affirmative : l'autorisation n'est autre chose " que la manifestation du consentement du mari ; or, la manifestation du " consentement n'est, en général, soumise à aucune forme particulière, si " ce n'est dans certains cas déterminés par la loi ; donc le consentement

concours dans le sens de l'article, et ferait foi d'une autorisation suffisante. Au point de vue de cette doctrine, on devrait dire, que dans le système du Code Napoléon, le consentement postérieur donné par le mari à l'acte de la vente, le validerait pour le passé *ut ex tunc*, le défaut d'autorisation ne constituant dans le droit nouveau qu'une nullité relative que la femme, le mari ou leurs héritiers peuvent seuls invoquer. (C. N. art. 226.) Cependant l'opinion commune enseigne le contraire.

C'est au moins ce que dit Demante, No. 300 *bis*, où après avoir parlé en ces termes du temps où le consentement du mari doit concourir avec celui de la femme : " Le consente-" ment du mari doit concourir avec celui de la femme ; ce " qui ne veut pas dire qu'il devra être exprimé en même " temps ; car le consentement une fois exprimé, est censé per-" sévérer tant qu'il n'est pas révoqué. Ainsi tous conviennent " que l'expression du consentement du mari pourrait précéder " l'acte de la femme "; l'auteur ajoute : " Pour la même " raison, je pense contre l'opinion commune, que le consente-" ment du mari peut être donné après coup, pourvu que la

" du mari peut être exprimé de toute manière suivant le droit commun. On " ne saurait prétendre, en effet que l'acticle 217 y déroge ; le but de cet ar-" ticle n'est pas d'exiger ici l'écriture *ad solemnitatem*, comme pour la do-" nation entre-vifs. L'autorisation maritale est aujourd'hui si peu exigée *ad* " *formam negotii*, qu'elle peut être tacite ; et c'est pour le décider ainsi " que l'article 217 oppose le concours du mari dans l'acte à son consente-" ment par écrit, voulant par là exprimer surtout que l'autorisation tacite " aura le même effet que l'autorisation expresse. Ce qui résulte donc seule-" ment de l'article 217, c'est que la preuve testimoniale de l'autorisation ne " devrait pas être reçue lors même qu'il s'agirait d'une valeur *inférieure à* " 100 *francs*.

" Cette opinion me parait contestable, et elle ne serait en tout admissible " que sous certaines réserves : l'article 217 exige positivement le consente-" ment par écrit, et il faut bien que ces mots aient un sens et produisent " un effet ; aussi reconnait-on qu'ils s'opposent dans tous les cas, à la " preuve testimoniale ; et je le crois pour mon compte, tout-à-fait ainsi à ce " point qu'il me parait même qu'on ne devrait pas l'admettre avec un com-" mencement de preuve par écrit ; car cet article 217, est sur ce sujet spécial " et formel."

Voyez les auteurs cités par Demolombe, à l'appui de son opinion.

" femme persévère encore dans le sien, ce qu'elle est toujours
" censée faire tant qu'elle n'attaque pas son acte. On le déci-
" dait ainsi autrefois ; seulement parce que la femme non-au-
" torisée, comme entièrement inhabile à contracter, l'autori-
" sation postérieure du mari ne validait l'acte que *ut ex nunc.*
" Mais aujourd'hui que l'acte de la femme non-autorisée (ou
" plutôt non-assistée) est seulement rescindable (V. art. 225,
" 1124, 1125) j'en conclus que le consentement du mari inter-
" venu avant que la femme aît révoqué le sien, valide l'acte
" *ut ex tunc.*"

Delvincourt qui est du même sentiment, l'exprime ainsi, vol. 1, Explications, page 395 [5] " Ou son consentement par
" écrit... Lequel peut avoir lieu postérieurement à l'acte pour
" lequel il est nécessaire ; et alors il vaut ratification, et rend
" l'acte inattaquable de la part tant du mari, que de la femme
" et de leurs héritiers."

Toullier qui, tom. 2, No. 648, a d'abord soutenu que le consentement postérieur du mari ne ratifie le contrat que *ut ex nunc*, a désavoué cette opinion au tome 7 de son livre No. 534.

Duranton, sur l'article 217, No. 518, s'exprime ainsi :

" Ici se place la question de savoir si la ratification donnée par le mari sans le concours de la femme rend celle-ci et ses héritiers non-recevables à demander la nullité."

" Nous l'avons résolue négativement à notre *Traité des Contrats*, No. 244. Nous avons pensé que le mari ne pouvait ravir à sa femme le bénéfice de la nullité, et faire *ex non jure obligata, jure obligatam ;* de même qu'un tuteur ne pouvait, dans le droit romain, et ne pourrait non plus dans le droit français, en approuvant l'engagement consenti par le pupille ou le mineur seul, lui enlever le bénéfice de la nullité de cet engagement. Pothier, après avoir dit qu'en principe l'autorisation du mari donnée après coup ne devrait point valider l'obligation de la femme non autorisée, " parce qu'elle était absolument
" nulle et que le néant n'est pas susceptible de confirmation," se range néanmoins à l'avis de Le Prêtre et de Lebrun, qui décident qu'après l'autorisation du mari, la femme ni ses héritiers ne peuvent plus attaquer l'acte, parce que, s'il ne vaut

pas *ut ex tunc*, il vaut du moins *ut ex nunc*, du jour de l'autorisation, *tanquàm ex consensu contrahentium, qui adhuc perseverare intelligitur quandiù non apparet mutatio voluntatis ;* d'où il tire ces conséquences : " 1o. que si, avant l'autorisation, " l'une ou l'autre partie était morte, ou avait perdu l'usage de " la raison, ou avait déclaré un changement de volonté, l'au- " torisation, qui serait depuis interposée par le mari, ne pour- " rait plus rétablir l'acte ; 2o. que l'acte, rétabli par l'autori- " sation survenue depuis, ne peut produire d'hypothèque que " du jour de l'autorisation, n'étant valable que de ce jour."

" M. Delvincourt s'est rangé au sentiment de Le Prêtre, Lebrun et Pothier ; mais nous n'en persistons pas moins à penser qu'il n'appartient point au mari de priver sa femme du bénéfice de la nullité d'un engagement qu'elle avait contracté au mépris de la loi : l'article 217 dit formellement que la femme ne peut donner, aliéner, hypothéquer, etc., sans le *concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ;* or, ni l'un ni l'autre n'a eu lieu : l'article 225 reste donc applicable dans toute sa force. Dira-t-on que l'autorisation du mari n'était exigée que *propter reverentiam ei debitam*, et que c'est par la même raison que le mariage contracté par l'enfant de famille sans le consentement de ses père et mère ne peut plus être attaqué lorsque ceux-ci l'ont approuvé ? (Art. 183.) Nous répondrions qu'à raison de l'importance du mariage, la loi a cru devoir s'expliquer sur ce mode de ratification, tandis que pour la confirmation des contrats de la femme non autorisée, elle l'a laissée sous l'empire du droit commun. Les ratifications en matière de mariage sont favorables ; aussi résultent-elles du simple silence gardé pendant un an, ou de tout acte quelconque propre à manifester la volonté d'approuver le mariage ; au lieu que pour les autres contrats, il faut un délai de dix années, du moins généralement, ou un acte soumis à des formalités spéciales, lorsque la confirmation a lieu par acte. (Art. 1338.) Ainsi, il n'y a point à argumenter de la ratification du mariage de l'enfant de famille de la part de ses ascendants, à la confirmation de l'acte de la femme de la part du mari, sans la participation de celle-ci. De plus, il n'est pas

exact de dire aujourd'hui que l'autorisation du mari n'est exigée que *propter reverentiam ei debitam*, puisque le mari mineur ne peut la donner ; ce qu'il pouvait valablement faire anciennement. La vérité, c'est que, par son mariage, la femme est devenue incapable de contracter, et ce qui lui restitue sa capacité, c'est l'autorisation, et l'autorisation donnée par le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ; donc elle n'a point été tirée de son état d'incapacité si elle n'a pas été autorisée, donc le mari ne peut ensuite lui ravir le bénéfice que la loi attribue aux incapables, d'être relevés de leurs engagements. Ce n'est plus de lui qu'il s'agit maintenant, c'est de l'intérêt de la femme. Ces principes ont été reconnus par la Cour de Paris, qui a jugé que l'acceptation, faite par un mari négociant, d'une lettre de change que s femme non marchande publique avait tirée sur lui, n'était point obligatoire pour celle-ci, même comme simple promesse, attendu qu'il n'y avait pas le concours du mari dans l'acte de la femme, ni son consentement par écrit antérieur à l'acte. En effet, l'acceptation était postérieure ; du moins rien n'indiquait qu'elle eût été faite en même temps que la lettre."

La solution de cette question soulevée par les auteurs français, sur les effets de la ratification faite après coup par le mari, du contrat de sa femme non autorisée dans le principe, ne nous importe qu'au point de vue de la théorie, puisque l'article 183 de notre Code, en disant que le défaut d'autorisation du mari comporte une nullité *que rien ne peut couvrir*, contient une disposition précise sur ce sujet. Il n'est cependant pas sans intérêt de signaler la contradiction dans laquelle tombent ceux des commentateurs du Code Napoléon, qui refusent à la ratification subséquente du mari le pouvoir de couvrir la nullité de l'acte de la femme, après avoir enseigné avec les partisans de l'opinion contraire, que le défaut d'autorisation ne produit qu'une nullité relative.

Ce qui distingue la nullité absolue de la nullité relative, c'est que la première peut être invoquée par toutes sortes de personnes, pendant que la seconde ne peut l'être que par ceux en faveur de qui elle a été prononcée. Les seules personnes

par qui, aux termes de l'article 225 du Code Napoléon, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation peut être opposée, sont la femme elle-même, le mari ou leurs héritiers.

Or, si ni la femme, ni ses héritiers, ni le mari ne demandent la rescision du contrat, est-ce que malgré le défaut d'autorisation, il ne restera pas valide ? Est-ce que si la femme a acheté ou vendu un immeuble, la prescription ne sera pas acquise en sa faveur ou celle de son acquéreur, après dix ans terme de la longue prescription avec titre qui est aussi celui de la durée de l'action en rescision ? Est-ce qu'un jugement rendu sur le contrat d'une femme non autorisée ou contre cette femme non assistée de son mari en justice, n'acquerrera pas, après l'écoulement du temps requis pour le faire rétracter, l'autorité de la chose jugée ?

Si dans le passage cité ci-haut, M. Duranton, en disant " qu'il n'appartient point au mari de priver sa femme du bé- " néfice de la nullité d'un engagement contracté au mépris de " la loi," entend, aussi bien que les écrivains qui partagent son sentiment, que le mari ne pourrait pas, par une ratification tardive, enlever à sa femme le bénéfice d'une action qu'elle aurait intentée pour se faire relever de son obligation ; à la bonne heure ! ils restent dans le vrai. En effet par son action, la femme a acquis un droit dont il n'est pas au pouvoir du mari de la priver. Il trouve dans le contrat un avantage personnel, ou bien, il n'y a pas d'intérêt. Dans la seconde hypothèse, sous quel prétexte peut-il chercher à traverser les desseins de sa femme, et dans la première, pourquoi n'a-t-il pas ratifié l'acte plus tôt ? Lui sera-t-il maintenant permis, par un changement d'avis aussi tardif que préjudiciable, d'entraver un recours que la loi laisse loisible à la femme et dont elle a réclamé le bénéfice. D'ailleurs, il n'est permis à personne de changer d'avis au détriment d'autrui. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.*

Si au contraire, l'auteur affirme la non-valeur absolue et dans tous les cas, de la ratification, son opinion paraît sans fondement et en désaccord avec la notion professée par les auteurs et par M. Duranton lui-même, que la nullité prove-

nant du défaut d'autorisation n'est que relative, ce qui est aussi le sens de l'article 225 du Code français, comme nous venons de le voir. Cette opinion est fort juste sous le nôtre, qui a conservé la doctrine de la nullité absolue, mais encore une fois il n'en saurait être ainsi sous le Code Napoléon.

Ce désaccord de la doctrine avec le Code, est une réminiscence inconsciente des anciens principes, un retour instinctif aux vieilles traditions, dont malgré les efforts des légistes novateurs, la jurisprudence Napoléonienne reste encore si profondément imbue. C'est un hommage à l'excellence du principe de la nullité absolue de l'engagement de la femme mariée non autorisée, principe de l'ancien droit que nous avons conservé, et c'est à ce titre que j'ai cité la divergence des auteurs contemporains sur ce point.

Retournons à l'article 177.

460. Je reconnais que cet article 177, en adoptant la dérogation créée par l'article 217 du Code Napoléon à l'ancien droit, a rejeté pour des motifs que je ne puis blâmer, la nécessité de l'autorisation formelle requise par ce droit, dont il a répudié le formalisme, tout en en conservant l'esprit, et que depuis le Code, la présence du mari ou son consentement par écrit à l'acte de la femme a constitué une autorisation suffisante. Le Code Canadien, comme le Code Français, reconnait la validité de l'autorisation tacite par le concours du mari à l'acte, ce que ne faisait pas l'ancien droit. Mais cette autorisation tacite, il faut bien se donner garde de la chercher dans des faits où la loi ne la trouve pas, c'est-à-dire, hors de la présence du mari à l'acte ou hors des écrits. En effet le concours à l'acte dans lequel les commentateurs voient une autorisation tacite, veut dire le concours à un écrit ; le mot acte est pris par l'article, dans le sens d'un acte écrit. Il n'est venu à l'idée de personne, qu'il puisse s'agir dans cet article, d'un acte ou d'un contrat verbal, pour la confection duquel, la femme aurait autant besoin de l'autorisation du mari que pour un contrat par écrit. Sans écrit point d'autorisation tacite, et moins encore d'autorisation expresse ; car si nous disons avec les uristes français, que dans le concours dont parlent les deux

articles, ils contemplent une autorisation tacite, il serait absurde d'en inférer, que ce concours se limite nécessairement à ce genre d'autorisation, et qu'il ne puisse pas être accompagné d'une autorisation expresse ou formelle, comme si le mari se rendait partie à l'acte, pour assister ou autoriser sa femme, ou qu'il prendrait part à son contrat en déclarant qu'il l'autorise, ce qui est resté depuis le Code et restera encore la formule ordinaire et de style.

461. On se tromperait, à mon sens, en rétrécissant ainsi la portée de la disposition, qui a banni la nécessité de l'autorisation formelle exprimée dans l'acte même, par l'emploi du terme sacramentel, et dont le vrai sens, rapproché de l'article 183 ainsi conçu, " le défaut d'autorisation, dans le cas où elle " est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir," est, qu'à l'avenir, l'autorisation du mari sera aussi nécessaire pour habiliter la femme à contracter, qu'elle l'a été par le passé, c'est-à-dire que son défaut emportera la nullité absolue du contrat, mais que cette nullité ne pourra pas résulter de l'absence d'autorisation formelle ou sacramentelle, à laquelle pourra équivaloir, dans les cas où cette autorisation n'aurait pas lieu, le concours du mari à l'acte de la femme, soit qu'il y comparaisse comme partie contractante, dans son intérêt seul ou dans celui de sa femme ou dans l'intérêt des deux, soit qu'il n'y intervienne que pour l'autorisation, bien que l'emploi du terme même ne soit pas nécessaire et qu'il reçoive maintenant des équivalents. Mais hors de ce concours et de cet écrit authentique ou privé, point d'autorisation, et partant point de contrat pour la femme. Nous convenons volontiers que dans un écrit étranger à l'acte de la femme, il n'est pas besoin de termes particuliers pour exprimer ce consentement du mari, mais nous soutenons, que ce consentement doit être manifesté activement, et qu'on ne peut pas l'inférer passivement, de l'ensemble ou d'une partie du contexte de l'écrit, si cet écrit ne révèle pas, que par un acte déterminé de sa volonté, le mari a consenti à habiliter sa femme. Il ne suffirait pas que l'écrit fit voir, que le mari s'est borné à ne pas défendre le contrat à sa femme ; par exemple, qu'informé de

son intention de contracter, il ne l'en n'aurait pas empêchée. Cette tolérance ou ce silence ne constitueraient pas le consentement voulu par l'article.

Comme le consentement doit être réfléchi et certain, il doit aussi être spécial pour chaque cas, et un consentement général donné par un mari à une femme, l'habilitant à faire tous les contrats qu'il lui plairait, n'aurait de valeur que pour l'administration des biens (art. 181).

Si par consentement tacite, les commentateurs français entendent le consentement qui, quoique consigné dans un écrit en termes obliques, résulte suffisamment de l'écrit dont il est une inférence nécessaire, je suis d'accord avec eux, pour appliquer leur opinion à notre Code, mais s'ils vont plus loin, je ne puis les suivre !

462. Il est cependant un cas où je dois exprimer positivement mon dissentiment à leur doctrine. C'est quand ils prétendent, que l'écrit dont parle l'article 217 de leur Code, qui est notre article 177, n'est pas de la substance de l'autorisation. Je nie la justesse de cette assertion, au moins en ce qui touche à notre article, et je dis que l'écrit est ici indispensable pour donner existence à l'autorisation, et lui est aussi nécessaire, que l'acte authentique l'est à la donation entre-vifs d'immeubles. Il est vrai que l'article 177 ne contient pas la peine de nullité, comme l'article 776 le fait pour la donation. Mais il n'y a aucune différence réelle entre les deux cas. L'article 177 est couché en termes négatifs et privatifs, en ce qu'il refuse à la femme, la capacité de s'obliger, sans l'autorisation par écrit de son mari, et le non-accomplissement de cette condition, qui est une condition, que les docteurs en droit civil appellent *ad formam negotii*, empêche l'obligation de se former et en opère la nullité, tout comme les lois prohibitives, qui, suivant l'article 14, emportent la nullité du contrat, sans qu'elle soit prononcée par le législateur.

Si pour repousser l'application de la disposition de l'article 14 au cas de l'article 177, que l'on soutiendrait n'être pas prohibitif, parce qu'il ne renferme pas de défense expresse, il serait aisé de répondre avec l'auteur de l'article inséré au mot

Nullité, au Répertoire de Merlin, § 1, page 617 : "Il y a "donc nullité, 1o. dans un acte fait par une personne, ou en "faveur d'une personne, que la loi en a déclarée incapable. Le "mot *ne peut*, dit Dumoulin, (sur la loi 1, *D. de verborum obli-* "*gationibus*, No. 2), ôte toute puissance de droit et de fait ; il en "résulte une nécessité précise de se conformer à la loi, et une "impossibilité absolue de faire ce qu'elle défend : *Negativa præ-* "*posita verbo* POTEST, *tollit potentiam juris et facti*, *et indicat* "*necessitatem præcisam*, *designans actum impossibilem.*"

Or c'est dans cette forme négative qu'est couchée l'incapacité portée par l'article 177 de la part de la femme de s'obliger sans l'autorisation de son mari. La femme... *ne peut*..... *ni contracter ni s'obliger*, sans le concours du mari *dans l'acte* ou son consentement *par écrit.*

Nous avons vu que le mot acte employé en cet article veut dire *un acte écrit* auquel le mari concourt, et l'article est précis à exiger nominativement que ce consentement soit par écrit.

Pour ce qui est de la nécessité de l'autorisation maritale pour les procédures civiles de la femme, l'article 176, n'a pas modifié l'ancien droit et la femme peut ester en jugement sous la simple assistance de son mari, sans mention formelle d'autorisation.

463. Le second cas le plus ordinaire où la femme peut s'obliger sans l'autorisation de son mari, est celui où elle est séparée de biens contractuellement ou en justice, et cette capacité n'a lieu que pour l'administration de ses biens, c'est ce qui résulte de l'article 177.

L'article commence par énoncer que la femme *même non commune*, ne peut aliéner, ni vendre ni contracter, pour faire voir que cette inhabilité de la femme, ne provient pas de la communauté de biens, et il emploie ces mots, pour démontrer que la capacité d'administration qu'il confère, ne s'applique qu'à la femme séparée de biens, qui est le seul cas où les revenus de ses biens lui appartiennent et où elle en a l'administration.

L'exception portée en l'article 177 qui exclut de l'opération de l'article les dispositions de la 25 Vict. chap. 66, a rapport à

la clause 19 de cette loi par laquelle " il est permis à toute " personne quelque soit son état civil de faire des dépôts dans " la Banque d'Epargne de Montréal ; et la banque est auto- " risée à payer ces dépôts à cette personne sans l'assistance de qui que ce soit et nonobstant toute loi contraire."

Le revenu des biens de la femme non commune ou mariée sous le régime de l'exclusion de communauté, diffèrent du régime de la séparation, appartient sans stipulation contraire au mari pour soutenir les charges du mariage *ad onera matrimonii sustinenda*, (art. 1416 et 1420).

Le cas de la séparation de biens forme donc la seconde exception à la règle générale, qui rend la femme inhabile à contracter. Il n'est pas besoin de dire que cette exception ne s'applique qu'à l'administration de ses biens et non à leur aliénation, pour laquelle, sous quelque forme que soit cette alié nation, la femme est directement et indirectement incapable de s'obliger, tout comme l'est la femme commune, pour tous les contrats quelconques. Nous disons directement et indirectement, car la femme séparée de biens ne peut pas plus acheter seule, qu'elle ne peut vendre, donner ou hypothéquer des immeubles, s'obliger pour des actes étrangers à l'administration de ses biens et en dehors de la sphère des opérations, que cette administration exige, contracter des engagements dont l'effet serait de rendre cette aliénation nécessaire.

464. La troisième exception, prononcée par le Code est celle de la femme marchande publique, qui, pour les fins de son négoce, s'oblige valablement sans l'autorisation de son mari. Si elle est séparée de biens, elle s'oblige seule. L'article 179 ne dit pas que la femme marchande publique, peut pour les fins de son négoce, aliéner directement ses biens sans autorisation. Il s'est bien gardé d'étendre sa capacité jusque-là. Il dit simplement qu'elle peut s'obliger, c'est-à-dire contracter tous les engagements qui sont nécessaires pour conduire ses entreprises commerciales, sans égard au chiffre de ses engagements, et à leur rapport avec sa fortune. La conséquence est que l'éventualité où l'aliénation de ces biens devient nécessaire pour satisfaire aux dettes passives, ne peut rejaillir sur l'enga-

gement initial et l'invalider. Cependant dans les cas où cette aliénation devient nécessaire, la femme ne peut l'opérer volontairement sans l'autorisation de son mari, ou de la justice à son défaut, et dans leurs poursuites contre la femme, les créanciers doivent mettre le mari en cause.

465. Si la femme marchande publique est en communauté de biens elle engage non-seulement la communauté, mais encore son mari, pour les dettes qu'elle contracte comme telle. Ainsi au cas d'insolvabilité de la communauté, ou de séparation de biens en justice, de même qu'en cas de dissolution de la communauté par la mort de l'un des conjoints, les biens du mari restent tenus de la dette, que la femme accepte ou renonce. Les créanciers ne sont pas d'ailleurs tenus d'attendre la dissolution de la communauté, ils peuvent tout de suite se pourvoir contre les biens de la communauté et contre les biens propres de chacun des époux, qui sont solidairement tenus de la dette à cause du caractère commercial de la créance suivant l'article 1105. Si la femme marchande publique est séparée de biens, elle s'oblige seule.

Pour que la disposition de l'article 179 ait lieu, et que la femme puisse s'obliger seule, il faut que le commerce qu'elle fait soit distinct de celui de son mari,ou que ce dernier n'en fasse aucun, et que ce soit du consentement exprès ou présumé du mari, que la femme tienne ainsi un commerce seule, ce qui se juge d'après les circonstances. Dans le cas où la femme se mêle du commerce de son mari et où ils tiennent commerce ensemble, ce commerce est censé être tenu par le mari seul, et la femme retombe dans le droit commun.

466. La quatrième exception à l'incapacité de la femme mariée, est le cas où la femme est autorisée en justice à contracter. L'article 178, dit : " Si le mari refuse de passer un acte, le juge peut l'autoriser." Ce pouvoir d'autorisation du juge est général et se rapporte à tous les cas dont la connaissance lui appartient. Cette autorisation ne pouvant se donner que sur le refus du mari, il est évident qu'il doit au préalable être mis en demeure d'autoriser sa femme. Comme il est contraire à la bienséance du mariage, que la femme fasse un protêt contre

son mari, cette forme de demeure ne serait pas convenable. La forme voulue est la présentation d'une requête au juge, en chambre, (car l'autorisation appartient à la juridiction volontaire), de la part de la femme, alléguant la nécessité de l'acte, le refus du mari, et demandant l'autorisation judiciaire. Sur cette requête, le juge enjoint au mari de montrer cause, et sur audition des parties ou sur défaut du mari de comparaître, le magistrat apprécie, et il accorde ou refuse l'autorisation demandée, sans que son jugement soit sujet à appel. Cette autorisation doit suppléer celle du mari, dans tous les cas où la femme ne peut pas faire valablement seule et sans son autorisation, l'acte en question dans la requête.

Ce que nous avons dit du refus de la part du mari d'autoriser sa femme, pour donner lieu à l'autorisation judiciaire, s'applique au cas où le mari présent, jouit de l'exercice de ses droits civils, car s'il est interdit pour cause de démence ou de prodigalité, si le mari est absent, le juge peut *de plano* autoriser la femme.

Que l'on remarque cependant, que cette autorisation du juge doit être spéciale à chaque cas, et qu'en donnant une autorisation générale, le juge excèderait ses pouvoirs. Cette autorisation serait au surplus sans valeur.

467. La compétence du juge ne se restreint pas aux actes extra-judiciaires, elle s'applique aussi aux actes judiciaires. La capacité de la part de la femme de faire ces actes sans autorisation, se régle en général sur celle de faire les actes extra-judiciaires. Elle reçoit cependant des exceptions. Ainsi d'après l'article 176, la femme séparée de biens peut ester en jugement seule et sans le concours de son mari, pour les actes de simple administration. Elle peut intenter seule toutes les actions, et faire toutes les procédures judiciaires qui appartiennent aux administrateurs du bien d'autrui, c'est-à-dire qui tendent à la conservation des biens et à la perception de leurs revenus ; mais nulle action tendant à l'aliénation des biens ne lui appartient. En général, les actions personnelles mobilières seules lui appartiennent, et les actions réelles et mixtes lui sont interdites, comme tendant à aliéner ses immeubles et les droits réels.

La femme commune en biens, comme la femme non commune, c'est-à-dire mariée sous la simple exclusion de communauté, et la femme marchande publique, bien que cette dernière puisse s'obliger, ne peuvent ester en jugement sans l'autorisation de leur mari, mais ainsi que la femme séparée de biens dans les cas où l'action ne lui appartient pas, elles doivent, dans les cas de refus ou d'impossibilité du mari de les autoriser, demander l'autorisation du juge qui s'obtient comme pour les actes extra-judiciaires.

Quoique le Code n'en parle pas, il est cependant une action, à laquelle toute femme mariée peut défendre seule, sans l'autorisation de son mari et sans celle de la justice, c'est l'action d'injures, c'est-à-dire, l'action en dommages et intérêts civils résultant d'un délit, intentée contre la femme. Les auteurs sur l'ancien comme sur le nouveau droit sont d'accord sur ce point. (1). Plusieurs pensaient sous l'ancien droit, que la femme pouvait aussi intenter ces actions seule. Mais il est plus sûr de mettre le mari en cause ou d'obtenir l'autorisation judiciaire. La femme peut aussi défendre sans autorisation, aux actions intentées contre elle par son mari.

468. L'autorisation maritale ou judiciaire donnée à la femme de poursuivre ou défendre au principal, s'applique aux incidents comme la demande reconventionnelle, celle en récréance, et à tous les procédés nécessaires pour parvenir à un jugement et à son exécution. Ainsi la femme autorisée à obtenir un jugement, peut défendre aux oppositions faites pour en arrêter l'effet ou l'exécution. Elle ne peut cependant pas appeler du jugement, mais elle peut y former requête civile. La raison de la différence est que l'appel est une nouvelle instance, et qu'il n'en est pas ainsi de la requête civile.

En autorisant sa femme, le mari ne se rend pas personnellement responsable ni du principal ni des intérêts des jugements rendus contre elle, mais il se rend responsable des frais

(1) Loysel Institutes Coutumière règle 53. Coutume d'Orléans art. 200. Le Brun, Communauté, Liv. 1. chap. 5. Pothier, puissance du mari No. 65. Merlin. autorisation maritale, sect. XII. No. 18. Demolombe, 142. Boileux, sur l'art. 216 C. N.

qu'il lui a permis de faire encourir à sa partie adverse. Cette responsabilité n'est que subsidiaire, et ne peut être mise à effet contre le mari, qu'après discussion des biens de la femme. Cependant si les époux sont communs en biens, les biens qui composent la communauté peuvent être *de plano*, tenus pour ces frais, sauf au mari quand le cas y échet, à exercer son indemnité contre sa femme.

469. Dans le cas où la femme a été autorisée par justice, ou a ester en jugement sans autorisation, le mari n'est nullement tenu ni pour le principal ni pour les frais, des condamnations portées contre elle et si les époux sont en communauté de biens, les créanciers en vertu de ce jugement, doivent attendre la dissolution de cette communauté, pour se venger sur la part éventuelle des biens qui lá composent et qui pourra échoir à la femme ou à ses héritiers. Dans le cas d'exclusion de communauté, comme les revenus des biens de la femme appartiennent au mari, les créanciers peuvent les faire vendre, mais à la charge de l'usufruit du mari, comme dans tous les cas de vente judiciaire de biens chargés d'usufruit, faite sur le nu-propriétaire. Si la femme est séparée de biens, ces biens sont tenus aussi bien que les propres, dans le cas de communauté, à l'acquit des jugements.

ARTICLE 181.

Toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens.

ARTICLE 182.

Le mari, quoique mineur, peut, dans tous les cas, autoriser sa femme majeure ; si la femme est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne suffit que pour les cas où un mineur émancipé pourrait agir seul.

ARTICLE 183.

Le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel.

ARTICLE 184.

La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.

SOMMAIRE.

470. L'article 181 n'est que l'application de la règle qu'on ne peut pas, par des conventions particulières déroger aux lois d'ordre public.
471. Le mari mineur peut autoriser sa femme majeure. Si la femme est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne vaut que pour les cas où un mineur émancipé peut agir seul.
472. Le défaut d'autorisation constitue une nullité radicale et absolue.
473. La Coutume de Paris, en permettant à la femme de tester sans l'autorisation de son mari, avait décidé une question controversée sous l'ancien droit coutumier. L'article 184 a reproduit cette disposition favorable du droit de tester appartenant à la femme.

COMMENTAIRE.

470. L'article 181 n'est que l'application de la maxime que nous avons déjà vue, que l'on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois d'ordre public. La loi qui soumet la femme à la puissance de son mari est une loi d'ordre public ; elle défend à la femme de contracter sans l'autorisation de son mari, ou du juge auquel la loi, sur le refus du mari d'autoriser sa femme, et dans les autres cas déterminés, délègue l'exercice de cette partie de la puissance maritale, et qui autorise la femme à la place du mari. Dans l'intérêt de la société et de la famille, le mari ne peut se dépouiller de sa puissance, ce qui aurait lieu de fait, s'il lui était permis de donner une autorisation générale à sa femme. Cette permission serait une véritable abdication des droits du mari et une émancipation de la femme. La loi n'a pas voulu tolérer cette dérogation, ni

pendant ni avant le mariage, elle a fait par cette prohibition une exception à la liberté des conventions matrimoniales, qu'elle réprime quand elles blessent l'ordre public, et a restreint la valeur de cette autorisation générale du mari à la femme, à une simple permission donnée à cette dernière, d'administrer ses biens. En vertu de cette permission la femme ne peut donc pas plus engager ou aliéner ses biens qu'elle ne le peut aux termes du droit commun, et tout engagement qui excède cette administration, est frappé de nullité absolue.

Ces termes de la fin de l'article 181 " l'administration des biens de la femme," font voir que ce pouvoir d'administration ne s'étend pas aux biens de la communauté qui ne sont pas biens de la femme. Elle ne s'applique qu'aux biens propres de la femme mariée sous le régime de la communauté, et de la femme non commune mariée sous le régime de l'exclusion de communauté. Dans ces deux cas, les revenus des biens de la femme, dans le premier à titre de chef de la communauté et dans le second à titre de mari obligé à soutenir les charges du mariage, appartenant au mari, il en a de droit l'administration, et en l'autorisant à les administrer elle-même, il ne fait que lui donner une procuration d'administrer pour lui, sans que cette procuration ait l'effet d'attribuer à la femme la propriété de ces revenus. Quant à la femme séparée de biens cet article ne l'atteint pas, puisqu'elle a déjà par la loi le droit d'administrer ses biens dont les revenus lui appartiennent; pour laquelle administration elle n'a pas besoin d'autorisation maritale, la recevant de la loi même. L'article 181 aurait donc aussi bien pu s'exprimer ainsi : " Toute autorisation géné-
" rale donnée par un mari à sa femme commune ou non com-
" mune en biens n'aura de valeur que comme une procuration
" à elle donnée d'administrer ses biens pour lui."

471. La puissance maritale étant créée par le mariage, et le mineur pouvant contracter un mariage valable, il s'ensuit que le mari mineur peut tout aussi bien que le majeur autoriser sa femme, dans tous les cas où cette autorisation du majeur est valide. Par rapport à la femme, la valeur de cette autorisation est incontestable, et les tiers qui auraient con-

tracté avec elle, seraient à l'abri des recherches tant du mari que de la femme. Il n'en serait pas ainsi de la femme envers son mari, s'il avait été lésé par l'autorisation. Il pourrait y avoir en sa faveur ou en faveur de ses héritiers, un recours en restitution contre le préjudice ainsi souffert par le mari, à raison d'un acte fait en minorité, et ce recours pourrait être exercé contre la femme ou ses héritiers. Les titres de la minorité et des conventions matrimoniales, nous fourniront l'occasion de développer cet aperçu.

Si la femme est mineure, comme le mariage n'a pour elle que l'effet de l'émanciper, et non de lui faire perdre les priviléges de sa minorité, et que sous aucun régime, elle ait été autorisée par le mari à aliéner ses biens, sans y être autorisée en justice sur avis du conseil de famille, cette aliénation serait frappée de nullité absolue et elle pourrait, tant elle-même que ses représentants, s'en faire relever contre le mari et contre ceux avec qui elle aurait contracté. La raison de cette différence, par rapport aux tiers, entre le cas actuel et le précédent, est que dans le premier cas, les tiers avaient contracté avec une femme majeure, autorisée d'un mari mineur, il est vrai, mais valablement autorisée, et avec un mineur dans le second, autorisée comme femme sous puissance de mari, à vendre, mais non comme mineure. Les priviléges accordés par la loi aux femmes mariées sont des bénéfices qui ne doivent jamais tourner à leur détriment. *Adjuvari nos non decipi beneficio opportet.*

C'est aux articles 319, 320, 321, 322 qui énumèrent les actes que le mineur émancipé peut faire seul, qu'il faut recourir pour connaître les actes que le mari majeur ou mineur peut autoriser valablement sa femme mineure à faire.

472. Comme nous l'avons déjà vu, le Code, suivant les traditions de l'ancien droit, fait du défaut d'autorisation une nullité absolue, *que rien ne peut couvrir.* Le Code Napoléon innovant à l'ancienne jurisprudence n'en a fait qu'une nullité relative, que le mari, la femme et leurs héritiers seuls peuvent invoquer. La différence entre les deux Codes est radicale, et fertile en résultats importants. D'après le Code

Français, la ratification de la femme, du mari et de leurs héritiers, leur silence même, pendant la durée du temps utile à l'action en nullité ou en rescision, fait acquérir au contrat sa perfection absolue. Pendant que d'après le nôtre, la ratification ne rétroagit pas à la date de l'acte, mais ne purge la nullité que pour l'avenir. Nous avons dit plus haut, qu'elle ne vaut que comme un nouveau contrat. En ajoutant, que tous ceux qui ont un intérêt né et actuel peuvent invoquer cette nullité, l'article n'en a nullement mitigé les effets et ne lui a rien enlevé de son caractère absolu. Il en est de cette nullité comme de toutes les autres, qui ne peuvent être invoquées que par ceux qui ont un intérêt né et actuel à le faire. Une donation entrevifs immobilière non authentique est bien radicalement nulle ; cependant ceux qui n'ont qu'un intérêt éventuel dans cette nullité sont irrecevables à l'alléguer. Ainsi l'héritier présomptif, du vivant du donateur, l'héritier du second degré après sa mort, encore moins les tiers, ne pourront-ils être admis à s'en prévaloir. Cette hypothèse en fait saisir une foule d'autres, auxquelles la règle est également applicable.

Suivant le Code Français, le mari et la femme, aussi bien que leurs héritiers, c'est-à-dire leurs représentants à titre universel, peuvent plaider la nullité. Notre Code, oûtre le mari et la femme et leurs représentants à titre universel, admet leurs représentants à titre particulier et même les tiers dont l'intérêt est actuel, à critiquer le contrat affecté de cette nullité. Suivant les deux Codes, les époux peuvent conjointement ou séparément se pourvoir contre le contrat, soit au principal soit incidemment. Ils peuvent en poursuivre la nullité par action principale, ou l'invoquer en réponse à la partie qui leur oppose l'acte, ou le faire par demande reconventionnelle. Il en est ainsi des héritiers ; mais le Code Français ne va pas plus loin, et il refuse ce droit aux acquéreurs à titre particulier et aux tiers, comme le seraient les créanciers.

Sous le Code Français, un second acquéreur de l'immeuble que la femme aurait vendu une première fois sans autorisation, ou le légataire particulier, auquel elle l'aurait légué, les

créanciers préjudiciés par cette vente nulle, ne pourraient la critiquer. Il en serait autrement sous notre article ; toutes ces personnes pourraient prétendre que l'immeuble n'est pas sorti du domaine de la femme par cette première vente. Le second acquéreur et le légataire particulier pourraient le revendiquer sur le premier acquéreur, et le créancier pourrait le faire décréter, comme les autres héritages de la femme sa débitrice.

Par ces mots, *intérêt né et actuel*, l'article a compris l'intérêt né de tous les droits ouverts, quand même l'époque de leur exigibilité ne serait pas arrivée.

473. La question de savoir si la femme pour tester avait besoin de l'autorisation de son mari, était controversée dans l'ancien droit coutumier. Les dispositions des Coutumes variaient sur ce point, mais le plus grand nombre était favorable au droit de la femme. La Coutume de Paris était de ce nombre, et l'on peut dire que c'était un principe de droit commun. C'est cette maxime que le présent article reproduit.

Il est bien entendu que l'article n'entend pas dégrever la femme des autres incapacités de tester, prononcées par la loi et communes à tous les testateurs, la minorité par exemple (art. 833). La seule incapacité dont il la délie, est celle qui pourrait résulter de sa qualité de femme sous puissance de mari. Le testament de la femme fait sans autorisation maritale vaut donc comme le testament du mari lui-même.

CHAPITRE SEPTIÈME.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

ARTICLE 185.

Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble.

SOMMAIRE UNIQUE.

474. L'indissolubilité du mariage dont il est ici question, ne s'applique que relativement au bien. Le mariage est dissoluble pour ses effets civils.

COMMENTAIRE.

474. Pour bien saisir le sens de cet article, il faut le rapprocher de l'article 36 qui dit, paragraphe 7 :

" Celui (le mariage) qu'elle (la personne morte civilement) " avait contracté précédemment est pour l'avenir dissous quant " aux effets civils seulement ; il subsiste quant au lien."

L'indissolubilité du mariage, dont parle le présent article, ne s'applique donc pas aux effets civils, en thèse absolue, puisqu'il est un cas où sous ce rapport le mariage est rompu. Il ne s'agit donc ici que du lien du mariage, indissoluble de droit divin, et que le droit humain ne peut pas rompre.

L'article n'apporte pas à la règle absolue de l'indissolubilité du lien du mariage, l'exception tirée du divorce, ni judiciaire ni parlementaire. Les juges peuvent-ils suppléer au texte, et reconnaître la validité civile de ces mariages ? Nous ne faisons nul doute, sur la validité du divorce parlementaire ou judiciaire prononcé à l'étranger, en pays de divorce, entre personnes qui y étaient domiciliées, aux yeux des lois civiles du Bas-Canada, c'est-à-dire sous le rapport des effets civils. Ainsi deux personnes mariées en Angleterre ou aux Etats-Unis, et dont l'une ou les deux avaient été précédemment engagées dans les liens d'un mariage précédent, rompu par le divorce, viennent s'établir dans le Bas-Canada. Nos lois civiles reconnaîtront leur second mariage comme valide et n'en mettront pas en question la légitimité. Cette hypothèse suppose que le premier mariage a été contracté en pays de divorce, dont les lois ne proclament pas absolument l'indissolubilité du mariage. En vertu de ce mariage les époux et les enfants nés de ce mariage, n'ont de droits acquis que ceux que leur confère la loi du pays, qui reconnait le contrat comme dissoluble. Vainement le premier époux viendrait dans le Bas-Canada demander aux tribunaux la reconnaissance de sa légitimité et

contesterait la validité du second mariage. On leur répondrait avec succès : Vous n'êtes pas nos justiciables ; c'est la loi de votre pays qui vous a fait la position que vous occupez.

Si le mariage avait été contracté dans le Bas-Canada, la situation serait toute autre. Il aurait reçu de nos lois, un caractère d'indissolubilité et il aurait créé en faveur des époux et des enfants des droits acquis et absolus, dont ces lois reconnaîtraient la parfaite légitimité à l'encontre du divorce et du second mariage.

Nous nous sommes exprimé plus haut sur le défaut complet de valeur du divorce parlementaire accordé, par le gouvernement fédéral contre le mariage dans le Bas-Canada.

CHAPITRE UNIQUE.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ECCLÉSIASTIQUES SUR LES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

Au commencement du chapitre quatrième qui traite des demandes en nullité de mariage, la première considération qui se présentait était la recherche du tribunal compétent pour prendre connaissance de ces demandes. La maxime fondamentale de ce traité est que la puissance ecclésiastique a seule juridiction sur le mariage considéré comme sacrement, c'est-à-dire sur le lien, à l'exclusion de la puissance séculière, qui ne peut connaître que de ses effets civils, ce que nous croyons avoir suffisamment démontré.

Mais si à raison du défaut d'établissement de tribunaux ecclésiastiques en ce pays, cette maxime devait rester insusceptible d'application et si incompétents en droit, les tribunaux civils offrent en fait, le seul recours possible, si la nécessité contraignant la loi, impose fatalement leur juridiction, notre démonstration quelque conforme qu'elle soit aux principes légaux, sera sans valeur pour la pratique ; elle restera une inutile abstraction et nous aurions pu sans inconvénient l'omettre.

Il n'en est pourtant pas ainsi. Nous allons prouver que l'Eglise qui a seule le pouvoir de déterminer les conditions de va-

lidité du mariage, a aussi seule celui d'en prononcer la nullité, que ce dernier pouvoir appartient aux évêques qui l'exercent, avec ou sans officialités, dont l'établissement n'est que de forme et nullement essentiel à leur juridiction, et que le corollaire de cette proposition est que *ratione materiæ*, les tribunaux civils sont privés de compétence sur les actions en nullité de mariage.

Un court historique de l'établissement des tribunaux ecclésiastiques doit précéder cette démonstration.

Dans les premiers siècles de l'Eglise, les chrétiens, suivant les conseils des apôtres, cherchaient à se soustraire à la juridiction des tribunaux romains. Deux motifs justifiaient leur répugnance à déférer leurs différends à l'autorité civile. La crainte de se livrer à leurs persécuteurs et leur refus de jurer par le génie de l'empereur ou de l'impératrice, serment qui ne pouvait se faire sans apostasie. Aussi recoururent-ils de bonne heure à l'autorité paternelle de leurs évêques, pacificateurs nés de leurs dissensions, et dont la sainteté du caractère leur garantissait une impartiale justice.

Saint Augustin dit, dans ses Confessions, qu'il ne pouvait s'approcher de saint Ambroise, toujours accablé du soin des procès dont il craignait de le distraire (1), et saint Augustin lui-même passait souvent des jours entiers à décider les contestations des fidèles d'Hippone.

La juridiction civile des évêques dont l'établissement est un fait prouvé par l'Histoire, était en pleine vigueur, quand au souffle de Constantin le feu de la persécution s'éteignit. Parmi les lois de ce prince en faveur des chrétiens, la moins remarquable n'est pas celle qu'il porta en 331, pour reconnaître cette juridiction a la fois temporelle et spirituelle des évêques, et c'est à cette constitution que les historiens font remonter la date légale de la fondation des tribunaux ecclésiastiques. Dans son Histoire du Droit Français (2), Laferrière donne l'analyse de cette loi dont il prouve l'authenticité.

(1) Confessions, Liv. 6, chap. 3. *Et conjectabamus eum parvo ipso tempore, quod reparandæ menti suæ nanciscebatur, ferialim ab strepitu* CAUSARUM ALIENARUM, *nolle in aliud avocari.*

(2) Tome 2, Liv. III, chap. VII, p. 621.

Les principales dispositions de la loi de Constantin, dit l'auteur, portaient :

1o. " Que les sentences des évêques seraient observées inviolablement, quel que fut d'ailleurs l'objet du litige, possession ou propriété ;—quel que fut l'âge des parties, mineurs ou majeurs ; quelle que fut la nature de la cause à juger, par le droit civil ou le droit prétorien ; "

2o. " Que le litige commencé devant un autre juge, à quelque moment de l'instance qu'il fut arrivé, même en dehors des délais, et même lorsque les premiers mots de la sentence auraient été prononcés, pouvait être porté au jugement de l'évêque, sur la demande d'une des parties, et malgré la *résistance* formelle de la partie adverse, *etiamsi pars alia refragatur.*" (1)

3o. " Que les sentences des évêques parviendraient au préfet du prétoire et aux magistrats pour recevoir leur exécution."

" Cette loi de Constantin ", ajoute-t-il, " était inspirée surtout par le désir de remédier aux abus de corruption et de vénalité qui déshonoraient souvent la justice des tribunaux ordinaires, et qui furent stigmatisés par une constitution du même empereur, menaçant de mort les juges corrompus dont la vénalité ne respectait pas même le lieu des délibérations. *Cessent jam nunc rapaces officialium manus, non sit venale judicis velum.* Mais Constantin réprimait un abus par un déplacement de pouvoir ; il transportait *en matière civile*, dans les mains des *seuls évêques*, l'autorité de première instance et d'appel."

C'est sur cette loi entre autres qu'est fondée la règle canonique *sacerdotes à regibus honorandi sunt non judicandi*, consignée au Décret de Gratien (2) qui rapporte dans le même canon le trait du même Constantin, qui en recevant des articles d'accu-

(1) D'autres auteurs donnent une portée moins absolue à la loi de Constantin et soutiennent que son seul effet était de saisir le tribunal de l'Evêque dans le cas seulement, où avant le commencement du litige, une des parties avait fait option de ce tribunal de préférence au juge laïque choisi par l'autre partie. Plus tard l'accord des deux parties au litige devint nécessaire pour en saisir l'Evêque.

(2) Part. 2, caus. II, qu. 1, c. 41.

sation contre quelques évêques, les brûla en leur présence en leur disant : " *Ite, et inter vos causas vestras discutite quia dignum non est ut judicemus Deos.*" Blackstone dont l'esprit d'hostilité aux institutions catholiques perce à plusieurs endroits de ses commentaires sur les lois d'Angleterre, traite ce trait comme fabuleux, mais ne rapporte aucune preuve de son assertion (1).

Cependant cette loi de Constantin déférant toutes les causes aux tribunaux spirituels parut abusive à ses successeurs (2), qui la modifièrent pour les causes civiles des laïques. L'empereur Gratien donna en 376, une loi qui fait une distinction entre la juridiction ecclésiastique et la juridiction laïque. En voici les termes : La même coutume qui a servi dans les causes civiles doit s'observer dans les affaires ecclésiastiques. Si donc il y a des discussions et des fautes qui regardent l'observance de la religion, elles doivent être entendues sur les lieux et dans les synodes du diocèse. Mais s'il s'agit d'une action criminelle, elle doit être entendue par les juges ordinaires et extraordinaires. (3)

En l'an 398, Honorius et Arcadius restreignirent le jugement des évêques en matière civile à un arbitrage consenti par les parties, mais tant en vertu de cette loi insérée dans le Code Justinien, Liv. 1, tit. 3, l. 7, en ces termes : *Si quis ex*

(1) Liv. III, chap. IV, n. 62, vol. 2, page 50.

(2) De grands évêques et entre autres St. Chrysostôme et St. Augustin, adressaient à cette loi le reproche de distraire des choses spirituelles l'attention de l'épiscopat en lui imposant des préoccupations séculières. *Multo mallem.....quam tumultuosissimas perplexitates causarum alienarum pati de negotiis sæcularibus.* Aug. *Oper. de Monach.*, CXXXVII. *Chrysostom. de sacerdote.* Lib. III.

(3) *Cod.* Theod. *de Episcop., lib. XVI, tit.* 2, *l.* 23. Jacques Godefroy fait la glose suivante sur cette loi :

Quoties ex qualibet re ad Religionem pertinente inter clericos fuerit nata contentio, id specialiter observetur ; ut convocatis ab Episcopo diocesanis Presbyteris, quæ in contentionem venerint judicio terminentur : Sane si quid opponitur criminale, ad notitiam judicis in civitate quâ agitur deducatur, ut ipsius sententia vindicetur, quod probatur criminaliter fuisse commissum.

consensu apud sacræ legis antistitem litigare voluerint non vetabuntur ; sed experiuntur illius in civili duntaxat negotio, more arbitri, sponte residentis judicium, que d'une nouvelle de Valentinien III, de l'an 452, les causes mues entre clercs et celles ayant rapport aux matières ecclésiastiques, devaient être portées devant le tribunal de l'évêque. Les autres causes tant celles mues entre clercs et laïques qu'entre laïques seuls, pouvaient du consentement des parties être déférées à l'*audience* (1) de l'évêque. C'est l'interprétation que Cujas donne de ces deux lois dans son paratitle du titre 4, du Code, tom. 8, art. 505, (édition Prati).

On peut aussi consulter à l'égard de cette juridiction ecclésiastique reconnue par les empereurs, les constitutions insérées dans le Code Théodosien et répétées dans celui d'Alaric. Div. XVI, Tit. 2, Const. 12, 23 et 57. Les Novelles 70, 80 et 123 de Justinien, ont ajouté leur autorité à celle des lois qui viennent d'être citées, pour établir au-delà de tout doute, qu'à la chute de l'empire d'Occident et lors de l'établissement des peuples du Nord dans les provinces romaines, la juridiction épiscopale s'appliquait comme juridiction publique dans tout le monde romain, à tout ce qui concernait la religion ou les causes ecclésiastiques et à tous les procès qui concernaient les clercs ; que cette compétence était par conséquent réelle et personnelle ; qu'elle était le droit commun pour les choses et les personnes du clergé.

La preuve de l'existence légale de cette juridiction ecclésiastique d'où sont nées les officialités modernes, est donc sans réplique et se trouve établie par les monuments authentiques de la législation romaine elle-même.

Il ne faudrait cependant pas conclure que le principe de cette juridiction ecclésiastique, c'est-à-dire le pouvoir de décider les différends mus entre les clercs et sur les choses spirituelles, la juridiction sur les causes ecclésiastiques proprement dites, appartenait aux empereurs romains, et que ce fut par

(1) Nous aurons occasion plus tard de nous expliquer sur la valeur de ce mot, comme exprimant la juridiction épiscopale mise en contraste avec la juridiction proprement dite des juges laïques, portant le nom de *forum*.

délégation que les évêques exercèrent cette puissance judiciaire ; ce serait pécher contre la nature des attributions propres de l'Eglise, et contrevenir à la doctrine que l'Eglise possède, de droit divin, la puissance législative, judiciaire et exécutive, et que l'exercice de cette puissance appartient aux évêques. Ce serait confondre la reconnaissance d'un droit avec le principe du droit lui-même, que d'attribuer aux empereurs la pensée de créer le pouvoir des évêques en sanctionnant leur juridiction ou l'exercice de ce pouvoir. Il faut cependant à cet égard faire une distinction entre les causes purement temporelles et les causes ecclésiastiques. Comme dans les causes temporelles la juridiction des évêques n'était pas une juridiction *profectice* ou née de leur propre autorité, mais était *adventice*, c'est-à-dire déléguée par les empereurs, ces derniers pouvaient la révoquer sans sortir de leur domaine.

Il n'en était pas ainsi des causes ecclésiastiques uniquement soumises à la législation de l'Eglise, que le pouvoir civil ne pouvait altérer, dont au contraire il augmentait les priviléges en protégeant l'organisation des tribunaux ecclésiastiques désormais revêtus dans toute sa plénitude, de la juridiction contentieuse. Après l'établissement définitif de ces tribunaux, la délimitation des deux juridictions resta distincte et permanente.

Le sixième canon du Concile Œcuménique de Constantinople, tenu en 381, cinq ans après le décret de l'Empereur Gratien, qui vient d'être mentionné, distingue très-clairement les causes civiles des causes ecclésiastiques. Le second Concile de Carthage de l'an 398, porte (canons 87 et 88) que le catholique qui porte sa cause soit juste, soit injuste au tribunal d'un juge infidèle, (les tribunaux civils étaient encore tenus par des juges païens) sera excommunié. Le onzième canon du sixième Concile de Carthage, porte des peines contre les clercs qui étant accusés s'adressent à l'empereur pour lui demander des juges séculiers. Le troisième Concile d'Orléans tenu en 538, défend, canon 32, à toutes sortes de clercs de traduire personne devant les juges laïques et aux laïques d'y traduire les clercs. Le quatrième Concile de la même ville, tenu en 541, canon 20, répète en substance cette prohibition. Le Concile

d'Agde, tenu en 506, canon 8, avait édicté une disposition semblable.

L'histoire prouve du reste évidemment,que les clercs n'étaient pas justiciables des tribunaux civils. L'abbé André, Cours de Droit Canon, Vo. officialité, pages 130 et 131, en rapporte plusieurs preuves. A la page 134 cet auteur s'exprime ainsi : " Les lois qui attribuaient aux évêques la connaissance des causes des clercs, étaient tout-à-fait conformes à la discipline de l'Eglise. Leurs fonctions sont si éminentes, leur profession si sainte qu'on ne souffrait point, qu'ils parussent devant les juges séculiers. Non que les évêques cherchassent à s'attribuer des affaires, ils n'en avaient que trop, dit Fleury (1), ni qu'ils fussent jaloux de faire plaider les clercs devant eux, mais ils voulaient les détourner de plaider. Aussi voyons-nous que le Concile de Chalcédoine, tenu en 451, ordonne à un clerc qui a quelque difficulté avec un autre clerc, de le déclarer d'abord à son évêque, pour l'en faire juge, ou de prendre, de son consentement, des arbitres sans se pourvoir devant les juges séculiers." (2)

Les écrivains religieux ne sont pas les seuls à reconnaître l'autorité des évêques en matière contentieuse dans ces siècles reculés. Merlin, qui ne saurait être suspect de préjugés religieux, s'exprime ainsi dans son Répertoire Vo. Officialité. " On sait qu'indépendamment des causes dont la connaissance et la décision appartiennent de droit à la puissance ecclésiastique, les évêques, dans les premiers siècles, étaient des arbitres charitables dans la plupart des contestations qui s'élevaient entre leurs diocésains même pour des affaires civiles et des intérêts purement temporels. Persuadés qu'arrêter et éteindre les procès, c'était prévenir et épargner bien des fautes et quelquefois des crimes, les plus grands évêques de l'antiquité se faisaient un devoir de donner à ce soin un temps considérable. La sagesse et l'équité de leurs jugements leur con-

(1) Lingard dans son Histoire d'Angleterre, vol. 2, chap. 5, en traitant de l'origine des Cours ecclésiastiques et de leur établissement en Angleterre, tient sur ce point, le même langage que l'Abbé Fleury.

(2) Voyez également Jager, Cours d'histoire ecclésiastique, leçon X.

cilièrent la plus grande vénération ; les empereurs chrétiens et à leur exemple, les autres princes les favorisèrent de tout leur pouvoir ; ils en appuyèrent l'exécution de toute leur autorité ; l'Eglise acquit ainsi des tribunaux, avec l'appareil et les formes judiciaires. Les évêques, chacun dans son diocèse, en étaient les présidents et même les seuls juges ; leur presbytère leur servait de conseil ; mais ils prononçaient ensuite seuls d'après leurs lumières et suivant leur conscience."

La juridiction contentieuse de l'évêque alla toujours en augmentant. En 866, le pape Nicolas Ier, dit dans ses réponses aux Bulgares, dont il a été question plus haut, (1) qu'ils ne doivent point juger les clercs. Le Concile général de Latran, défend aux laïques sous peine d'excommunication d'obliger les ecclésiastiques à paraître en jugement devant eux ; Innocent III décide que les clercs ne peuvent renoncer à ce privilége, attendu qu'il n'est pas personnel mais de droit public.

De ces citations il résulte :

1o. Qu'à l'époque de Constantin, c'est-à-dire au quatrième siècle, les tribunaux ecclésiastiques, quelque simple qu'en fut l'organisation, étaient en plein fonctionnement.

2o. Que Constantin les érigea en tribunaux ordinaires qu'il substitua aux tribunaux séculiers, et qu'il rendit leur compétence obligatoire pour tous les citoyens laïques comme clercs, en toute sorte de matière, civile ou criminelle, séculière ou spirituelle.

3o. Que privés par le décret de l'Empereur Gratien et les édits d'Honorius et Arcadius de leur juridiction compulsoire sur les laïques et les affaires qui les intéressaient, ils leur restèrent ouverts, comme juridiction volontaire et à titre d'arbitrage.

4o. Qu'ainsi privés de leur compétence obligatoire sur les laïques et sur les matières temporelles, et réduits à leur juridiction universelle et exclusive de toute autre sur les clercs en matière spirituelle et temporelle, et sur les laïques en matière spirituelle, ces tribunaux étaient en pleine vigueur dans tout le monde chrétien lors de la chute de l'empire d'Occident et

(1) No. 309.

l'établissement des peuples du Nord en Europe, où ils restèrent en vigueur pendant bien des siècles et où comme règle générale ils le sont encore.

Il deviendra nécessaire plus tard, pour les fins de la présente dissertation de donner une idée de la compétence, de l'organisation et de la procédure de ces tribunaux dont Fleury (1) parle ainsi :

" Dans les premiers siècles de l'Eglise, les jugements ecclésiastiques n'étant que des arbitrages, pour les matières temporelles, et dans les spirituelles, des jugements de charité, on n'y suivait point les formules des tribunaux séculiers, mais seulement les règles de l'Ecriture sainte et des canons. Cette distinction entre les jugements ecclésiastiques et les jugements séculiers, se voit manifestement dans la conférence de Carthage (*art.* 1, *n.* 40), et en plusieurs conciles. Les clercs depuis plusieurs siècles en possession de rendre presque tous les jugements, y introduisirent plusieurs formes judiciaires, dont on peut attribuer l'établissement au droit canon même, et de là tant de décrets et de décrétales des papes sur cette matière. Ainsi, les juges ecclésiastiques ont commencé à procéder à la rigueur, et suivant toutes les formes du droit, dans un temps où les juges séculiers en observaient peu, parce que c'étaient des nobles et des gens de guerre, qui, la plupart, n'avaient point de lettres, et ne suivaient dans leurs jugements que les anciennes coutumes. Depuis ils se firent assister par des clercs, à qui ils ont enfin laissé l'exercice de la justice ; et les clercs ont introduit leurs formules en tous les tribunaux, principalement dans les parlements ; en sorte que toute la *procédure* moderne des cours séculières, vient des canonistes ; et qui voudra l'étudier sérieusement, doit en chercher les origines dans les décrétales."

Nulle société ne peut subsister sans avoir le pouvoir de faire des lois ordonnant les choses propres à son gouvernement et défendant celles qui lui sont contraires, sans être revêtue de la puissance de contraindre les membres de cette société à faire ce que ces lois ordonnent, et à s'abstenir de ce

(1) *Institution du droit ecclésiastique*, part. III, chap. 6.

qu'elles défendent. Mais pour être légitimes et mériter obéissance, ces lois doivent être conformes à la fin pour laquelle cette société a été instituée, et être restreintes aux objets propres à cette institution, c'est-à-dire, n'être pas coupables d'excès de juridiction. La loi séculière faite sur des matières spirituelles est sans validité comme entachée de ce vice, et il en serait de même d'une loi ecclésiastique portée sur des objets purement séculiers. *Et ita* PATET *quod jurisdictio temporalis non pertinet ad ecclesiam, nec ea debet se intromittere in præjudicium judicis sæcularis*, dit la Glose. Extra. L. 11, Tit. XXVIII.

La juridiction est spirituelle ou séculière, suivant que l'une ou l'autre s'applique à des objets spirituels ou temporels. Quoique la juridiction spirituelle soit de droit divin et que la juridiction séculière ne soit que de droit humain, la société civile est revêtue du droit de faire, pour son gouvernement toutes les lois propres à ses fins légitimes, en restant bien entendu, dans les limites de sa compétence. A cette condition et pourvu qu'elle ne blesse pas les règles de la justice, elle exerce dans toute son intégrité le pouvoir législatif.

Elle est aussi revêtue du pouvoir exécutif et judiciaire, car à quoi bon faire une loi sans avoir le droit de la faire exécuter, et comment se fera cette exécution, si une société n'a pas également le pouvoir d'appliquer la loi qu'elle a faite aux faits sur lesquels elle exerce son empire, en déclarant quels sont les cas où cette application doit se faire ; ce qui, dans le sens le plus étendu du mot constitue un jugement, qui s'il n'est volontairement exécuté par les personnes qu'il concerne, devra l'être par la force. Ce pouvoir de rendre des jugements exécutoires, constitue le pouvoir judiciaire dont l'exercice s'appelle aussi juridiction.

La juridiction dans ce sens, c'est-à-dire le pouvoir de faire exécuter par des contraintes les commandements de la loi et de punir par des peines les actes qu'elle défend, est tellement inhérent au pouvoir législatif, que ce dernier ne peut subsister sans le premier, et que tous deux sont essentiels à l'existence de la société. C'est dire qu'ils sont de droit primordial, nécessaire et naturel.

De droit naturel la validité du jugement ne dépend d'aucune forme extérieure particulière, elle est indépendante de toute solennité et n'est pas même subordonnée à l'appareil quelconque d'un tribunal, pourvu que ce jugement soit d'ailleurs revêtu des conditions intrinsèques et extrinsèques qui sont de son essence, telle que la compétence du juge en toute matière, et la citation du Défendeur (reus) en matière contentieuse. Ce qui nous conduit à la division de la juridiction en juridiction volontaire et en juridiction contentieuse.

La juridiction volontaire ou gracieuse est celle qui s'exerce volontairement de la part de celui qui en demande l'intervention, et qui ne porte condamnation ou ne prononce de peine contre personne, c'est-à-dire que personne ne subit forcément et devant laquelle il n'est pas besoin de citation. Ainsi en matière civile les nominations de tuteur, curateur ou à d'autres fonctions juridiques sont des actes de juridiction volontaire. Ces actes n'entraînent aucune discussion et ne provoquent pas de contestation. En matière canonique, les impétrations ou collation de bénéfice, les dispenses... sont des actes de juridiction gracieuse.

La juridiction contentieuse est celle qui s'exerce *in invitum*, c'est-à-dire forcément contre la partie adverse de celui qui invoque cette juridiction, laquelle partie adverse doit être assignée et mise en état de se défendre. Le caractère propre des appels à la juridiction contentieuse est d'engager un débat, de demander une connaissance de cause, de provoquer une discussion et de demander une sentence de condamnation contre une partie adverse. (1) La juridiction volontaire s'exerce

(1) Dans un excellent abrégé du Droit Canon, publié en partie et dont le reste est sous presse, le chanoine Philippe De Angelis, docteur en droit et professeur à l'Apollinaire à Rome, s'exprime ainsi sur la juridiction contentieuse et volontaire : *Jurisdictio proprie dicta alia est* CONTENTIOSA, *alia* VOLUNTARIA : CONTENTIOSA *est, quæ, contraversias inter duos personas pluresve exortas terminat, et etiam in invitum exercetur et necessario requirit processum judiciatem ; hæc est jurisdictio, quæ in alieno territorio explicari nequit, et de qua cap.* 2, *de constitut., in VI dicitur " extra territorium jus dicenti unpune non paretur "*. VOLUNTARIA *est quæ in volentes tantum*

sur la demande d'une seule partie comparaissant devant le juge, et ne requiert le concours que de trois choses, le juge, la partie et un objet, sur lequel se porte la juridiction ; la juridiction contentieuse en demande quatre, un juge, un Demandeur, un Défendeur et une cause, c'est-à-dire une prétention contradictoire engagée sur un objet réclamé. Le défaut de comparution de la partie citée, ou de toute autre partie qui doit l'être, la confession même du Défendeur ou de toute partie qui en joue le rôle, n'enlève pas à la cause son caractère contentieux, s'il était possible à ce Défendeur ou à cette partie de contester la demande.

En général il y a appel des jugements rendus en matière contentieuse et il n'y en a pas des matières de juridiction volontaire ; et quoique rigoureusement cette circonstance ne soit pas plus requise que l'appel pour attribuer au jugement ce caractère, en matière contentieuse le juge siége et prononce dans son tribunal, publiquement et avec l'appareil juridique. En matière de juridiction volontaire il prononce partout où il veut, bien que ce soit en un lieu désigné de l'auditoire, ou palais de justice qu'il le fasse ordinairement. Ce lieu désigné de différentes manières dans les divers usages juridiques, s'appelle la Chambre du juge parmi nous, et nous disons que le juge siége *en Cour* en matière contentieuse et en *Chambre* en matière volontaire, bien qu'il exerce aussi bien en sa propre demeure cette dernière juridiction.

Nous n'avons pas besoin de dire particulièrement que tout jugement qui en toute matière civile, canonique ou criminelle, porte une contrainte et prononce une peine, est un acte de juridiction contentieuse et que nul juge ne peut être ainsi proprement appelé, sans être revêtu des deux juridictions.

De l'application à la société spirituelle des maximes ci-haut énumérées, concédées à la société séculière, sort forcément et conclusivement le pouvoir judiciaire de l'Eglise et sa juridiction volontaire et contentieuse.

exercetur, seu in imploranles judicis officium pro petitione nullius contradictione oppugnata, ut ordinatio consecratio, etc. Prælectes jur canon, tom. 1 *pars. II. Proleg. p.* 8.

Que l'Eglise soit par elle-même une société visible, distincte, séparée de la société civile, existant par elle-même et indépendamment de toute puissance étrangère, soumise à une constitution qui lui est propre, ayant à l'instar de la société publique et civile, son gouvernement et sa hiérarchie, c'est-à-dire des gouvernants et des gouvernés, pour parler le langage des publicistes, des princes et des sujets, et qu'elle ne soit pas un simple collége ou association particulière où tous les membres sont égaux ; voilà autant de vérités que nous prenons pour admises, et dont nous ne croyons pas la démonstration nécessaire.

Partant de ces principes admis, (pour ceux qui les nient et que nous nous flatterons pas de pouvoir convaincre, notre thèse est sans valeur) il ressort qu'elle a son gouvernement,c'est-à-dire ses gouvernants et ses gouvernés ; pour parler le langage qui vient d'être employé, ses princes et ses sujets. Les premiers hiérarchiquement subordonnés entre eux, sont les membres du clergé et les seconds, également tenus d'obéir et sous des règles qui leur sont communes, sont les laïques. Qu'elle a le droit de faire des lois et de contraindre tous ceux qui y sont sujets à leur prêter obéissance, c'est-à-dire de les faire exécuter, et d'ordonner par des contraintes et des peines l'application de ces lois à toutes les matières de son ressort, soit que les obligations imposées par ces lois ou les droits qu'elles consacrent soient volontairement reconnus ou qu'ils soient contestés, soit que l'adjudication sur ces droits et ces obligations se fasse en la forme ordinaire ou qu'il soit nécessaire de recourir a des voies spéciales pour appliquer le droit au fait en faisant cette adjudication, et en appliquant ces contraintes et ces peines.

Comme l'Etat, l'Eglise jouit donc dans toute sa plénitude de la juridiction législative et judiciaire, c'est-à-dire qu'elle peut faire des lois et instituer des tribunaux pour les exécuter, et qu'elle peut communiquer à ses tribunaux toute ou telle partie qu'elle veut de sa puissance exécutive, et diviser cette puissance entre eux, c'est-à-dire créer des juridictions avec des attributions différentes. C'est elle qui est maîtresse de l'orga-

nisation et de la procédure de ces tribunaux et de l'étendue de leur pouvoir.

Comme la division de la juridiction n'est qu'un accident et un accessoire, qui tient à sa nature et non à son essence, qu'elle est une matière de forme et non de fond, de même que la juridiction laïque, la juridiction ecclésiastique est divisée en juridiction volontaire et contentieuse, civile ou criminelle, ordinaire et extraordinaire.

Avant d'entrer dans des développements sur cette division, il est nécessaire de noter une autre division qui est propre à la juridiction ecclésiastique, c'est sa division en juridiction de *for intérieur* et de *for extérieur*, laquelle n'appartient pas et ne peut appartenir à la juridiction séculière.

Le for extérieur est l'autorité de l'Eglise sur les personnes et sur leurs actes extérieurs, spirituels ou touchant aux choses spirituelles ; telles que la hiérarchie, la discipline, les sacrements et aussi sur les choses touchant au spirituel et au temporel, tels que les biens d'Eglise, bénéfices et autres choses semblables.

C'est à ces matières que s'applique la juridiction volontaire ou contentieuse de l'Eglise, sujette comme la juridiction civile aux distinctions ci-haut énumérées.

La forme de la citation de l'instruction, et le lieu public ou privé du jugement, n'importent pas essentiellement à son acractère contentieux. Les formes en cette matière ne sont que des accidents et des accessoires qui n'affectent pas la substance de l'acte. Ainsi c'est une erreur de croire que l'Evêque ne peut exercer la juridiction contentieuse parce qu'il n'a pas de tribunal public, d'official, de promoteurs ou d'appariteurs. Ces choses ne sont que de forme, et quand il exerce un pouvoir qui appartient essentiellement à son office et qu'il rend en matière de for extérieur un jugement de la nature du contentieux, il exerce cette juridiction aussi bien que s'il le faisait par l'intermédiaire de son officialité.

Nous avons vu que la juridiction criminelle est contentieuse et comme conséquence de son pouvoir législatif et comme sanction nécessaire de ses lois. L'Eglise exercecette juridiction

criminelle de pair avec la juridiction civile. On ne peut sans détruire son autorité refuser à un corps qui a le droit de se gouverner le pouvoir de maintenir son gouvernement et ses lois par des châtiments portés contre ceux qui les enfreignent. C'est par des peines temporelles que l'Etat protége sa juridiction, et par des peines ecclésiastiques que l'Eglise défend la sienne. En appliquant ces peines, ce qui ne peut se faire qu'après connaissance de cause et preuve de la perpétration de l'offense, laquelle preuve l'inculpé a le droit de confronter et de repousser par une preuve contraire, de même qu'il a le droit de se défendre à l'accusation, (n'est-ce pas là un procès ?), le juge d'Eglise n'exerce-t-il pas une juridiction criminelle ?

La juridiction civile embrasse les matières en contestation entre deux personnes dont l'une est l'*actor*, le Demandeur et l'autre le *reus*, Défendeur, dont l'une conteste à l'autre ou que tous deux réclament devant le juge d'Eglise, une chose corporelle ou incorporelle comme un bien ecclésiastique, un bénéfice, un office, une dignité, un personat, choses qui peuvent être mêlées de spirituel et de temporel, et les autres cas où il s'agit d'intérêts temporels entre les parties contendantes.

Nous parlerons plus tard de la division en juridiction ordinaire et extraordinaire.

La juridiction des tribunaux ecclésiastiques connus sous le nom général d'officialité, à cause du nom d'official donné au juge qui les présidait, était réelle et personnelle.

La compétence réelle des officialités, *ratione materiæ*, s'appliquait à toutes les affaires spirituelles entre toutes sortes de personnes, clers et laïques. " Cette juridiction " dit De Héricourt, (1) " leur appartient de droit divin, et les juges " laïques qui tiennent leur autorité des princes ne doivent pas " entreprendre de décider des questions de cette nature."

Les affaires spirituelles dont ces tribunaux connaissaient, entre toutes sortes de personnes, privativement à tous autres juges, étaient celles qui concernent les sacrements, les vœux de religion et la discipline ecclésiastique, les causes matrimoniales et les bénéfices ecclésiastiques.

(1) Lois Ecclésiastiques de France, ch. 19, page 156.

Ils avaient seuls juridiction dans toutes les affaires civiles mues entre clercs et celles où un clerc était Défendeur. Ce clerc cité par un laïque pour des affaires civiles devant un tribunal séculier, pouvait invoquer son privilége ecclésiastique et demander à être renvoyé devant son official.

Les officialités connaissaient de toutes les offenses commises par les ecclésiastiques de quelque nature qu'elles fussent, soit qu'elles fussent punies de peines canoniques seulement ou à la fois de peines canoniques et de peines de droit commun.

C'est dans la personne des évêques que résidait le pouvoir judiciaire de l'Eglise, mais ils ne jugeaient pas en personne. Ils déléguaient leur pouvoir de juger à un fonctionnaire ecclésiastique nommé par eux, le plus souvent à un grand-vicaire connu sous le nom d'official, qui siégeait au nom de l'évêque qui l'avait nommé et c'est de lui qu'est venu le titre d'officialité donné aux tribunaux ecclésiastiques.

Il y avait appel de l'official de l'évêque diocésain, lequel official était le juge ordinaire ou de première instance, à l'official de l'Archevêque ou du Métropolitain, du Métropolitain au Primat ou dans certains cas au Patriarche et de ce dernier tribunal au Souverain Pontife.

A chaque officialité était attaché un promoteur qui remplissait devant le tribunal ecclésiastique, les fonctions que remplissait en France le procureur-général près des tribunaux civils et le procureur fiscal dans les justices seigneuriales.

C'est en vertu de sa puissance judiciaire et pour en mettre à effet la juridiction que l'Eglise créa ses tribunaux dont le ressort embrassa un jour le monde catholique entier, et dont l'organisation était la même partout et la procédure partout uniforme. Ces tribunaux, nous l'avons déjà dit, quoique dans certains pays connus sous des noms particuliers, l'étaient communément sous le nom d'officialités.

A l'époque où Constantin ajouta à la juridiction spirituelle des évêques, la juridiction séculière et rendit pour toutes sortes de causes, les laïques aussi bien que les ecclésiastiques, justiciables de ces tribunaux, il est prohable que leur organisation n'était qu'une ébauche, qui n'avait pas encore reçu le

perfectionnement, que les siècles suivants virent les papes et les conciles, graduellement lui communiquer. Outre l'organisation, la procédure de ces tribunaux, les décrétales des papes et les canons et les décrets des conciles contiennent aussi les lois qui devaient y être suivies et qui régissaient les matières de leur ressort.

Le corps du droit canon, composé de six parties distinctes, du Décret de Gratien, des Décrétales de Grégoire IX, du Sexte de Boniface VIII, des Décrétales de Clément V, appelées de son nom Clémentines, des Extravagantes de Jean XXII, et des décrétales de quelques-uns de ses successeurs, colligées par des auteurs inconnus, sous le nom d'*Extravagantes communes*, auxquelles quelques canonistes ajoutent les Institutes de Lancelot, citées plusieurs fois dans cet ouvrage, contient corrigé et augmenté par quelques conciles subséquents, notamment par le Concile de Trente, et par les Constitutions des Papes, la législation complète de l'Eglise, suivie pour la forme et le fond devant ses tribunaux.

C'est dans ce recueil fameux et surtout dans les Décrétales de Grégoire IX, qui fut appelé le Justinien du droit ecclésiastique, dont S. Raymond de Pennafort, leur rédacteur fut le Tribonien, qu'il faut chercher l'organisation et la procédure de ces tribunaux ; œuvre admirable empruntée à la procédure des tribunaux romains qu'elle a perfectionnée, et qui à son tour, a servi de modèle à l'organisation et à la pratique des tribunaux civils de presque toute l'Europe, à la France incontestablement !

Au temps de Grégoire IX, c'est-à-dire, au treizième siècle, les tribunaux ecclésiastiques étaient établis dans tous les pays de la chrétienté, à côté des tribunaux civils et y fonctionnaient régulièrement ; non seulement avec le consentement du pouvoir séculier, mais avec sa participation. La juridiction ecclésiastique était si peu contestée que les souverains et les peuples qui lui prêtaient obéissance, prêtaient aussi main-forte à leurs arrêts.

Longtemps auparavant, Guillaume-le-Conquérant avait en Angleterre séparé la juridiction ecclésiastique de la juridic-

tion civile, avec laquelle elle était confondue sous les rois saxons, et avait institué les Cours Episcopales en tribunaux indépendants et Henri II, son fils, avait de bonne heure suivi son exemple. Henri IV de France et Louis XIV, firent plus tard des lois pour en régulariser la compétence.

La juridiction ecclésiastique qui a duré en France jusqu'à l'abolition des officialités opérée par la loi du 7 Septembre 1790, malgré le changement de souveraineté spirituelle opérée par la réforme au seizième siècle et l'établissement en 1858, d'une cour de divorce, subsiste encore partiellement en Angleterre ainsi qu'en Espagne et en Italie, ce qui prouve suffisamment la nécessité de cette institution.

Nous avons dit plus haut que dans les matières temporelles mues entre les clercs ou bien dans celles où un clerc était Défendeur, la juridiction des officialités était adventice et lui avait été accordée par le pouvoir civil. Non-seulement la puissance temporelle lui avait conféré cette juridiction, mais encore le bras séculier, en cas d'insuffisance des peines spirituelles, lui venait en aide pour faire exécuter ses sentences. C'est ainsi que s'exprime le Nouveau Dénizart, Vo. Bras Séculier : " Il est d'usage d'appeler l'autorité coactive de la " puissance séculière, lorsqu'on en parle relativement au se- " cours que les juges et supérieurs ecclésiastiques sont obligés " d'accorder à cette puissance, pour obtenir l'exécution de leurs " ordonnances ou jugements."

" Les juges ecclésiastiques n'ayant pas la force coactive, " leurs décisions seraient méprisées, et elles demeureraient " sans exécution, du moins de la part de ceux qui ne sentent " pas l'importance des censures et autres peines spirituelles. " Le souverain qui s'est engagé à la protéger, veut que ses " juges, lorsqu'ils en sont requis, fassent exécuter les ordon- " nances et jugements des supérieurs ecclésiastiques, par l'em- " ploi de la coaction et de peines temporelles qui sont en leur " pouvoir."

" Nos rois ont enjoint à leurs juges, d'emporter l'aide du " bras séculier à l'église, toutes les fois qu'ils verront qu'elle " en a besoin pour le maintien de sa juridiction. C'est la dis-

" position d'une ordonnance de Louis-le-Hutin, en 1315, con-
" firmée par Philippe-le-Long, en 1316 : *Ordinamus quod omnes*
" *justitiarii nostri ecclesiis auxilium sæcularis brachii prestent*
" *ubi viderint ecclesiam, pro suâ juridictione ecclesiasticâ in-*
" *digere.*"

En Angleterre, l'autorité séculière allait beaucoup plus loin dans sa protection accordée aux jugements de l'Eglise contre ceux dont les peines spirituelles ne pouvaient courber la résistance. La Cour de Chancellerie pouvait émettre contre la personne excommuniée, pour défaut d'exécution de la sentence du juge ecclésiastique et qui persistait dans son refus, un mandat d'arrestation appelé *writ de excommunicato capiendo*, portant l'emprisonnement du réfractaire jusqu'à résipiscence.

C'est cette communication de la force publique à l'exécution des jugements des tribunaux ecclésiastiques qui rendait leur autorité égale à celle des tribunaux séculiers et les faisait marcher de pair avec ces tribunaux, dans les matières civiles de leur ressort. Mais il est certain qu'ils n'avaient pas besoin de cette sanction étrangère dans les matières spirituelles du ressort contentieux, touchant en particulier au mariage et aux causes matrimoniales. Aussi on peut affirmer qu'en cette matière la juridiction exclusive de l'Eglise ne lui a jamais été niée.

Les auteurs gallicans en conviennent à l'unanimité. De Héricourt pour ne citer que lui, s'en exprime ainsi à l'endroit ci-haut cité : " Les autres affaires dont il n'y a que les juges
" ecclésiastiques qui puissent connaître entre toutes sortes de
" personnes, sont celles qui concernent les sacrements, les
" vœux de religion, service divin et la discipline ecclé-
" siastique."

" Le sacrement de mariage est fondé sur un contrat que
" J.-C. a élevé à la dignité de sacrement. On a laissé aux juges
" ecclésiastiques la connaissance des affaires qui regardent
" les mariages quand il s'agit du lien du sacrement."

L'auteur ajoute ce qui est conforme à la doctrine de notre livre : " Mais lorsqu'on traite la question de la validité du

" mariage de personnes qui sont décédées, à l'occasion de leur " succession, de leur état ou de celui de leur famille ; le lien " qu'avait formé le sacrement étant rompu, l'affaire devient " séculière et elle ne peut être décidée que par le juge laïque."

Il dira plus loin, Partie III, chap. 3, page 56 : " Il semble " que les affaires de cette nature, (il traite de la dissolution " du mariage) intéressant également l'Eglise et l'Etat, au- " raient dû être instruites et décidées par les juges ecclésias- " tiques et par les juges séculiers conjointement... Cependant " les princes, ayant accordé à l'Eglise une juridiction conten- " tieuse, lui ont abandonné la connaissance ordinaire de ce " qui concerne le lien du mariage et la dissolution à cause " des empêchements dirimants entre les parties contrac- " tantes."

L'édit de 1695, art. 34 porte : La connaissance des causes concernant les sacrements, les vœux de religion... et autres purement spirituelles, appartiennent aux juges d'Eglise.

Pourquoi cette attribution exclusive aux tribunaux ecclésiastiques des causes concernant le mariage et les sacrements, si ce n'est parce que la compétence sur ces matières échappait radicalement à la puissance séculière et aux tribunaux laïques ?

La juridiction des tribunaux ecclésiastiques était donc une juridiction mixte, composée pour une partie, de compétence purement spirituelle, et celle-là était comme elle l'est encore, essentielle au gouvernement de l'Eglise, et pour une autre partie de compétence civile, mais qui pouvait en être retranchée sans que la première en reçut d'atteinte et en subit de diminution. C'est ce qui est arrivé pour les causes matrimoniales lors du retranchement des officialités dans les pays où ces tribunaux existaient et dans ceux qui n'en ont jamais eu, la compétence spirituelle n'en subsiste pas moins en son entier.

On suivait devant les tribunaux ecclésiastiques les formes régulières et solennelles qui sont aujourd'hui en usage devant nos tribunaux civils. La procédure était divisée en quatre parties distinctes comme l'est notre procédure civile ; savoir l'assi-

gnation, la contestation de la cause, l'instruction et le jugement. Chacune des parties de cette procédure était soumise aux règles techniques, aux délais et aux formes d'un procès régulier. C'était la procédure ordinaire.

A côté de cette procédure ordinaire, se trouvait dans certains cas demandant célérité, la procédure extraordinaire et dégagée des exigences des formes, des délais et des lenteurs des procès. C'était la procédure extraordinaire, qui s'appelle la procédure *sommaire* parmi nous. Ce n'était pas que cette procédure perdit plus là qu'elle ne le perd ici son caractère contentieux, mais à part les conditions voulues par le droit naturel pour la validité d'une sentence judiciaire, telle que l'assignation, la liberté de la défense et l'audition contradictoire des parties qui sont des formes indispensables, nulle forme de procès n'était observée ; la citation pouvait être faite par un particulier délégué par le juge et elle avait la même valeur que si elle eût été faite par un appariteur, l'attestation pouvait s'en faire verbalement, la contestation pouvait se faire sans écrit et l'instruction de la même manière, le jugement pouvait être oral et ainsi de suite.

C'est ce retranchement des formes ordinaires et cette procédure sommaire que Clément V voulant mettre fin à la lenteur des procès et aux dépenses qu'ils entraînaient, autorisa en substance dans les causes concernant les provisions aux offices, les mariages, les dîmes et les usures, en ordonnant par une décrétale, L. 2, Tit. I, *de jud.*, cap. II, *in Clem.*, que ces causes se jugeraient *simpliciter et de plano ac sine strepitu judicii et figura.*

Pour bien faire comprendre le sens de cette Clémentine et la portée qu'elle peut avoir sur la question, nous croyons nécessaire de la reproduire textuellement : " Désirant abréger la " durée et les dépenses des procès, qui suivant ce qu'apprend " l'expérience provient de la stricte observance de l'ordre judi- " ciaire dans les causes qui vont être mentionnées, nous sta- " tuons que dans les causes mues sur les élections, les postula- " tions ou provisions, ou sur les dignités, les personats, les " offices...également sur les *mariages* et les usures, il sera suffi-

" sant de procéder simplement et *de plano* sans clameur et sans " forme de procès, voulant que ce que nous ordonnons, s'ap- " plique non-seulement aux affaires futures mais aux affaires " encore pendantes même en appel." (1)

Des doutes s'étant soulevés sur la signification des expressions *quod procedere valeat simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judicii*, qui se trouvent dans cette Clémentine, le même pape les explique par une autre décrétale donnée en 1307, à Avignon, où il avait transporté le siége pontifical, et qui est rapportée au livre VI *cap.* 2. *de Verb. sign.*

" Il arrive souvent, dit cette décrétale, que nous commet- " tons des causes, et que dans quelques-unes nous ordonnons " qu'il soit procédé *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et* " *figurâ judicii ;* la signification de ces mots a soulevé de la " contention chez beaucoup de personnes et des doutes sur le " mode de procéder qu'ils impliquent. Voulant (en autant " qu'il est en nous) résoudre ces doutes, nous statuons par la " présente constitution qui sera perpétuelle, que le juge à qui " nous aurons commis les causes de ce genre n'exige pas né- " cessairement de libelle, ne demande pas de contestation de la " cause, procède même aux jours non juridiques, qu'il retran- " che les moyens dilatoires, qu'il abrége le procès autant qu'il " le pourra en repoussant les appels dilatoires et frustratoires " des parties, et en mettant un frein à la loquacité des avocats " et des procureurs et à leurs disputes inutiles, de même qu'à " la quantité superflue de témoins. Cette abréviation du pro- " cès ne doit cependant pas empêcher d'admettre les preuves " nécessaires et les défenses légitimes. La citation ici non plus " ne doit pas être omise. (2)

(1) *Dispendiosam prorogationem litium, quam interdum ex subtili ordinis judiciarii observatione causarum docet experientia provenire, restringere, in subscriptis casibus cupientes, statuimus, ut in causis super electionibus postulationibus, personatibus... nec non super* MATRIMONIIS *vel usuris... procedere valeat de cetero simpliciter et de plano ac sine strepitu judicii et figura volentes non solum ad futura negotia sed ad præsentia et adhuc etiam per appellationem pendentia hoc extendi.* L. II, T. *de Jud.* cap. II, in Clem.

(2) *Sæpe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii procedi mandamus ;*

Le reste de la décrétale pourvoit à ce que la pétition du Demandeur ou du Défendeur qui peut être faite par écrit ou verbalement, soit insérée dans les actes du procès. Le juge peut interroger les parties sur demande respective ou *ex officio*, suivant ce que l'équité de chaque cause lui semblera convenable. La sentence définitive doit cependant être par écrit, rester parmi les actes du procès et ne peut pas être affectée par le vice de plus pétition. Il est également pourvu à ce que les dispositions de cette décrétale s'appliquent à tous les cas où par quelque constitution, le Pontife aurait ordonné qu'il pourrait être ainsi procédé *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii.* La faculté est cependant réservée aux parties de suivre en cette matière, de consentement, l'ordre judiciaire ordinaire.

Nous avons dit que cette forme de procédure tient de la juridiction sommaire, on peut ajouter qu'elle revêt aussi le caractère de la juridiction *ex æquo et bono*, bien que dans l'un et l'autre cas, la procédure soit contentieuse.

Jusqu'à l'époque de la promulgation de cette décrétale, la procédure dans les causes matrimoniales avait été assujettie aux formes ordinaires *et solennelles* de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire qu'elle était la procédure ordinaire, qui fut remplacée par la procédure extraordinaire, bien que de consentement, les parties pussent procéder régulièrement comme le dit cette décrétale. Cette procédure sommaire fut en vigueur pendant près de quatre siècles, c'est-à-dire jusqu'à 1741, époque de la célèbre constitution *Dei miseratione* de Benoit XIV, qui intro-

de quorum significatione verborum à multis contenditur, et qualiter procede debeat dubitatur. Nos autem dubitationes hujusmodi (quantum nobis est possibile) decidere cupientes, hac in perpetuam valitura constitutione sancimus, ut judex, cui taliter causas committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, amputet dilationum materiam, litem quantum poterit, facial breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustatorias repellendo partium, advocatorum et procuratorum, contentiones et jurgia, testiumque superfluam multitudinem refrenando. Non sic tamen judex litem abreviet, quin probationes necessariæ et defensiones legitimæ admittantur, Citationem Vero..... per constitutionem hujus modi intelligimus non excludi.

duisit dans les causes mues sur la nullité ou la validité du mariage, les modifications que nous allons signaler. Nous verrons ensuite si dans les mêmes causes, la bulle *Dei miseratione* a abrogé la Clémentine *Dispendiosam.*

En vertu de cette constitution, chaque Ordinaire doit choisir parmi les clercs quelque personne de bonnes mœurs, remarquable par sa probité et sa science légale, pour défendre en vertu de son office, la valeur du mariage dans les causes matrimoniales et devant être connue sous le nom de *défenseur du mariage ;* ce fonctionnaire sujet à révocation pour juste cause, et pouvant être remplacé en cas d'empêchement, dans chaque cause particulière, par une autre personne possédant les mêmes qualifications.

Voici les paroles mêmes de la constitution à cet égard : (1)

" De notre propre mouvement, de notre science certaine, " après mûre délibération, et de notre plein pouvoir aposto- " lique, nous avons constitué, nous ordonnons et statuons, " pour valoir à perpétuité, que tous et chacun les Ordi- " naires des lieux, élisent dans leurs diocèses, quelque per- " sonne idome, à être prise au sein du clergé, si la chose " est possible, remarquable à la fois par sa science du droit, " l'honnêteté de ses mœurs qui sera nommée défenseur des " mariages ; avec faculté cependant de la suspendre, de la " destituer pour justes causes, pour lui en substituer une " autre également idome et ornée des mêmes qualités ; ce qui " pourra même se faire chaque fois que la personne appelée " à la défense des mariages, quand l'occasion d'agir se sera " présentée, en sera légitimement empêchée."

(1) *Motu proprio, certa scientia, ac matura deliberatione nostræ, deque Apostolicæ potestatis plenitudine, hac nostra in perpetuum valitura sanctione, constituimus, decernimus ac jubemus, ut ab omnibus et singulis locorum Ordinariis in suis diœcesibus, persona aliqua idonea eligatur, et, si fieri potest ex ecclesiastico cœtu, juris scientia pariter et vitæ probitate prædita, quæ matrimonium defensor nominabitur ; cum facultate tamen eam suspendi, vel removendi, si justa causa adfuerit, et substituendi aliam æque idoneam et iisdem qualitatibus ornatam ; quod etiam fieri poterit, quotiescumque persona ad matrimoniorum defensionem destinata, cum se occasio agendi obtulerit, erit legitime impedita.*

Si le juge de seconde instance est un métropolitain, il doit nommer le défenseur du mariage. Si ce juge de seconde instance est un évêque voisin, le défenseur du mariage est également le défenseur nommé par cet évêque.

Si la cause se juge à Rome, le cardinal-vicaire doit, dans les causes qui lui sont soumises en première instance, nommer un défenseur du mariage selon les règles prescrites à l'Ordinaire dans son diocèse. Du reste le jugement dans les causes soumises au juge apostolique, soit en première instance du consentement des parties, soit en seconde instance sur l'appel, le degré intermédiaire étant omis (*omisso medio*), soit en troisième instance, est ordinairement commis à la Sacrée Congrégation du Concile, ou à l'Auditoire du Palais ou à quelque congrégation spécialement déléguée.

L'office du défenseur du mariage est ainsi tracé en ces termes par Benoit XIV : " Il sera du devoir du défenseur des ma-
" riages ainsi élu d'assister au procès chaque fois qu'il arri-
" vera que des causes matrimoniales s'agiteront devant le juge légitime sur la validité ou la nullité du mariage ; il devra
" être cité dans tout acte judiciaire, être présent à l'examen
" des témoins, soutenir de vive voix et par écrit la validité du
" mariage et faire valoir tous les moyens qu'il jugera néces-
" saires pour défendre le mariage." (1)

Le défensenr du mariage doit appeler si en première instance le mariage est déclaré invalide ; et cela soit que les deux parties, soit qu'une seule ou que nulle d'elles, n'appelle du jugement de nullité. Il ne doit pas le faire dans le cas où le mariage est déclaré valide.

Si en seconde instance, le jugement prononçant la nullité du mariage est confirmé, le défenseur peut à sa discrétion, appeler

(1) *Ad officium autem defensor matrimonii ut suprà electi spectabit, in judicium venire, quotiescumque contigerit matrimoniales causas super validate vel nullitate earam legitimo judice disceptari ; eumque oportebit in quolibet actu judiciali citari, adesse examini testium, voce et scriptis matrimonii valeditatem tueri, eaque omnia deducere, quæ ad matrimonium sustinendum censebit.*

ou s'en abstenir, suivant son opinion sur le mérite de la sentence.

Si le jugement de seconde instance prononçant en faveur de la validité du mariage est infirmé en troisième instance, le défenseur peut seul ou en se joignant à la partie qui soutenait la validité du mariage, appeler de ce troisième jugement. (1)

Sur chaque degré d'appel comme en première instance, le défenseur du mariage nommé par le juge d'appel, doit être cité à tout acte de procédure, doit examiner les témoins, être entendu, et défendre le mariage.

D'après cette constitution, un seul jugement déclarant le mariage invalide, est insuffisant pour en faire prononcer la nullité et permettre aux parties de passer à d'autres noces. Si le jugement de première instance est défavorable au mariage, le défenseur doit appeler en seconde instance. Si sur ce premier appel, le premier jugement est confirmé, le défenseur doit appeler ou ne pas appeler, suivant son opinion de la cause. S'il n'appelle pas le jugement reçoit son exécution et les parties peuvent passer à d'autres noces. S'il appelle, le mariage suit le sort du second appel, faisant le troisième degré d'instance et il est déclaré nul ou maintenu.

Si après avoir été déclaré valable en première instance, le mariage est déclaré invalide sur le premier appel fait par la partie qui se pourvoyait contre le mariage, il est du devoir du défenseur d'appeler de ce dernier jugement. Si le défenseur refusait de le faire, et que la partie qui soutenait le mariage ne le fit pas non plus, ou que l'un ou l'autre ou les deux après avoir appelé, désertassent l'appel, l'effet pratique de ce défaut d'appeler ou de cette désertion d'appel, serait de rendre illusoire ce jugement du premier degré d'appel et de confirmer le mariage ; en vertu de la règle qu'il faut deux jugements confirmés pour annuler un mariage. Cette contrariété des juge-

(1) En ce pays où l'appel se fait de l'Ordinaire au Métropolitain et du Métropolitain au Saint Siège en dernier ressort, ce troisième appel ou quatrième degré de juridiction n'est pas praticable.

ments créerait un doute, et dans le doute *præsumptio stat pro valore matrimonii.*

La même règle a lieu par rapport aux causes dont la connaissance est référée au Saint Siége en première instance, et la bulle *Dei miseratione* contient des dispositions qui en assurent l'application pratique ; mais comme ces dispositions ne peuvent avoir d'application à nos causes matrimoniales toujours jugées en première instance dans le pays, nous nous abstiendrons d'entrer dans leur détail.

Le défenseur du mariage doit prêter serment de bien et fidèlement remplir son devoir dans chaque cause où il agit.

Le défenseur du mariage doit être cité et être présent à tous les actes de procédure, et chaque acte auquel il n'a pas été cité est nul ; c'est ce qu'exprime la Constitution Bénédictine en ces mots : " Que la personne de ce défenseur soit considé-
" rée comme partie nécessaire à la validité et à l'intégrité du
" procès ; et qu'il assiste toujours au procès. Tout ce qui s'y
" fera, sans qu'il y ait été cité et intimé, nous le déclarons nul,
" annulé, cassé et nous voulons qu'il soit tenu pour nul, cassé
" et annulé de la même manière que si la partie qui avait
" intérêt à être citée, et que d'après les dispositions des lois
" et des canons, il était, pour donner de la valeur au procès
" absolument nécessaire de citer ne l'avait pas été." (1)

Nous venons de dire qu'après deux jugements conformes déclarant la nullité d'un mariage, les parties peuvent passer à d'autres noces. Cette faculté doit toujours être entendue dans sa subordination à la règle qui empêche les jugements en matière matrimoniale, de passer en force de chose jugée. Si quelque matière inconnue avant et lors du jugement est décou-

(1) *Defensoris hujusmode persona, tanquam pars necessaria ad judicii validitatem et integritatem consetur ; semperque adsit in judicio... Quæcumque vero, eo non legitime citato aut intimato, in judicio peracta fuerint, nulla, irrita cassa declaramus, ac pro nullis cassis et irritis habere volumus, perindè ac si citata et intimata non esset ea pars, cujus citari intererat, et quam juxta legum et canonum præscripta, ad legitimam judicii validitatem citari aut intimari omnino necessarium erat.*

verte, ce jugement peut être remis en question et subir l'épreuve d'un nouveau procès.

Une question a été soulevée sur l'application de la bulle *Dei miseratione* aux cas où l'invalidité d'un mariage est notoire, comme le cas du mariage d'un prêtre ou de deux personnes unies par les liens d'une parenté prohibée. Cette question a été controversée.

La question s'est soulevée devant la Sacrée Congrégation sur la supplique à elle faite en 1848, par l'évêque de Sonora, dans le Nouveau Mexique, demandant l'exemption de l'application de la Constitution Bénédictine, dans les causes de nullité notoire du mariage.

Le cas cité entre autres par l'évêque de Sonora, à l'appui de sa demande et pour faire voir les inconvénients résultant de l'application de la constitution, quand la nullité du mariage est flagrante et ne peut souffrir de contestation, était celui d'un religieux profès et sous-diacre défroqué, venant d'un pays voisin, qui s'était marié publiquement dans son diocèse. Le prélat alléguait que dans ce cas, malgré la nullité flagrante du mariage, la nécessité d'un double jugement avant de permettre à la partie avec laquelle ce religieux avait ainsi contracté un mariage nul, de se remarier, avait produit des conséquences regrettables pour les bonnes mœurs.

" Si, disait-il," " dans des cas semblables, toutes les pres-
" criptions de la Bulle de Benoit XIV sont observées à la
" lettre, il en résultera un grand tort à l'utilité publique ;
" surtout à cause des délais d'un procès en première, seconde
" ou même en troisième instance, pendant lesquels, malgré
" un premier jugement en nullité, les gens ne se mettent pas en
" peine de contracter un second mariage et vivent dans l'in-
" continence. Comme il n'y a pas d'autre moyen pour éviter
" un mal semblable, je demande à la Sacrée Congrégation de
" déclarer que la constitution suscitée ne s'applique pas, si
" certains cas sont si notoires que nuls subterfuges ne puissent
" céler la nullité du mariage."

La Sacrée Congrégation répondit *negative, et ad mentem.*

De cette réponse il appert, qu'en thèse générale, la Sacrée Congrégation exige l'application de la Constitution Bénédictine, même dans les cas de nullité notoire. Elle dispense cependant quelquefois, eû égard à des circonstances particulières, et de l'accomplissement rigoureux des formalités que cette constitution exige. C'est ce qui est arrivé dans le cas même de l'évêque de Sonora, où à sa réponse négative, la Sacrée Congrégation ajouta la clause, *ad mentem.* Le résultat de sa délibération ultérieure fut de demander à Sa Sainteté " un indult, pour autoriser Monseigneur l'évêque de Sonora " à confier la seconde sentence conforme, à un évêque voisin, " vu l'éloignement du Métropolitain, ou bien de se réserver " cette seconde sentence, en se faisant assister de quelques prê- " tres, qui n'auraient pas pris part à la première sentence." (1)

Il est au demeurant, une autre considération qui exige l'application de la bulle *Dei miseratione*, à toutes les causes en nullité de mariage. Tout empêchement quelque évident qu'il soit, est fondé sur un fait qui peut être contesté et dont la preuve exige un débat judiciaire. Prenons par exemple l'empêchement de parenté illégitime en ligne directe. Le fait de la parenté sera l'élément contentieux de la question, qui, pour quelque claire qu'elle soit en droit, peut devenir obscure en fait, et cette obscurité peut donner lieu à un procès embarrassé et à une investigation difficile. Ainsi en est-il d'une foule de cas où la nullité notoire en apparence ne l'est pas en réalité.

La constitution *Dei miseratione* a-t-elle enlevé aux causes matrimoniales la forme sommaire de procéder, autorisée par la Clémentine *Dispendiosam ?*

Il est certain qu'avant cette constitution toutes les causes matrimoniales pouvaient être instruites et jugées dans la forme extraordinaire ou sommaire, *sine strepitu litis et figura judicii.* Nulle loi antérieure n'avait retranché cette forme, et il est également constant que la bulle *Dei miseratione* n'a affecté

(1) Ces détails sont empruntés à l'Abbé Bouix, qui les a consignés dans son traité *de judiciis*, pars. 2, cap. 3, sect. 3, tom. 2, page 441 et suiv.

parmi ces causes que celles qui sont mues sur la valeur ou la nullité du mariage. Il reste donc clair que les autres sont restées sujettes à la Clémentine *Dispendiosam.*

Quant à celles qui touchent à la validité du mariage, auxquelles est restreinte la bulle *Dei miseratione*, elle n'a certainement pas abrogé explicitement la Clémentine. Elle a bien introduit des formalités nouvelles et exigé des solennités inconnues jusque-là. Elle a même créé un office inusité, l'office de défenseur des mariages, et introduit une nouvelle règle dans les jugements, en exigeant plusieurs jugements conformes pour annuler un mariage, en refusant au premier jugement sa puissance exécutoire, et surtout en rendant nécessaires des appels qui aux termes du droit commun ne sont que facultatifs aux parties. Toutes choses qui semblent jurer avec la pratique par voie sommaire. Cependant comme toute loi pour perdre sa vigueur, doit être rapportée explicitement ou par implication et que dans ce dernier cas,pour prononcer cet effet révocatoire, il faut que les deux lois ne puissent concorder, et que la seconde exclut la première, la question est de avoir si la seconde pratique, répugne tellement à la première et lui est si incompatible que les formalités de la bulle ne puissent pas être mises à exécution, en procédant sommairement.

Remarquons d'abord que la constitution *Dei miseratione* est une loi extensive et non restrictive. Extensive en ce sens qu'elle ajoute des dispositions nouvelles à celles déjà existantes, et non restrictive en ce qu'elle ne retranche rien des lois anciennes et notamment de la Clémentine *Dispendiosam.*

Ce n'est pas non plus en son entier une loi de procédure ; elle n'a ce caractère que sur trois points, 1o. la création d'un office juridique, celui de défenseur du mariage, 2o. sa compétence dans les procès mus sur la valeur ou la nullité du mariage et 3o. l'obligation qui lui est imposée d'appeler en certains cas. Quant à la disposition principale de la constitution et pour l'exécution de laquelle le reste des dispositions semble avoir été établi, savoir qu'aucun mariage ne peut être déclaré nul

sans que sa nullité ait reçu l'épreuve de deux jugements contradictoires et sans avoir été déclaré par deux jugements, c'est plutôt une loi de fond que de forme qui ne regarde pas à proprement parler, la manière d'instruire la cause et de prononcer le jugement, mais plutôt les effets de ce jugement.

Voyons maintenant comment ces dispositions peuvent être mises à effet au moyen de la procédure sommaire en vigueur à l'époque où la constitution Bénédictine a été faite. Que l'on remarque d'abord, que l'appel comme la cause originaire peut être instruit sommairement. La Clémentine *Dispendiosam* en introduisant la procédure sommaire dans les causes matrimoniales, n'en a pas excepté l'appel. Or sur ce point qu'ordonne la bulle ? Elle ordonne un ou plusieurs appels. Dit-elle comment s'instruiront ces appels, et notamment fait-elle quelque innovation dans la manière dont ils seront instruits ? Aucunement ; la seule addition qu'elle fasse à cette instruction est la jonction du défenseur du mariage à la partie qui en soutient la validité. C'est une partie additionnelle ajoutée à l'instance en sus de celles que la loi y appelait déjà. Or on ne peut prétendre que la jonction à un procès d'une partie nouvelle change en aucune manière la procédure autorisée pour instruire ce procès. Et ce qu'on dit à cet égard de la procédure sur l'appel, on peut également le dire de la procédure originaire ou en première instance.

Quant à la commission du défenseur du mariage, elle doit sans doute être par écrit, ce qui d'ordinaire n'est pas nécessaire en matière sommaire, mais cette commission ne fait pas partie du procès proprement dit, pas plus que la commission de juge ou du promoteur ; et fut-elle essentielle à la procédure, qu'elle n'y figurerait que comme pièce d'instruction.

Pour ce qui est des actes que doit faire le défenseur du mariage pour remplir son office et la part qu'il doit prendre au procès, supposant que ces actes et cette participation dussent être faits et constatés par écrit, ce dont ne parle pas la constitution, mais que l'on peut raisonnablement inférer de l'en-

semble de la loi, le plus qui en résulterait, est que les procès seraient de forme plénière pour une partie et sommaire pour l'autre, c'est-à-dire que ce serait un procès de forme mixte, dans lequel loin de s'exclure les deux formes se concilient.

Concluons donc que la forme sommaire autorisée par la Clémentine n'a pas été abrogée par la constitution.

BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis

FIN DU TOME DEUXIÈME.

a39003 00846.0494b

DATE DUE
DATE DE RETOUR

LOWE-MARTIN No. 1137